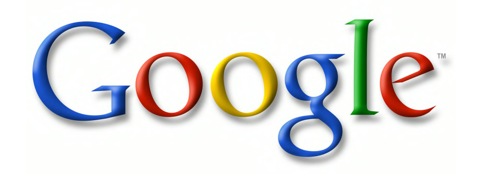
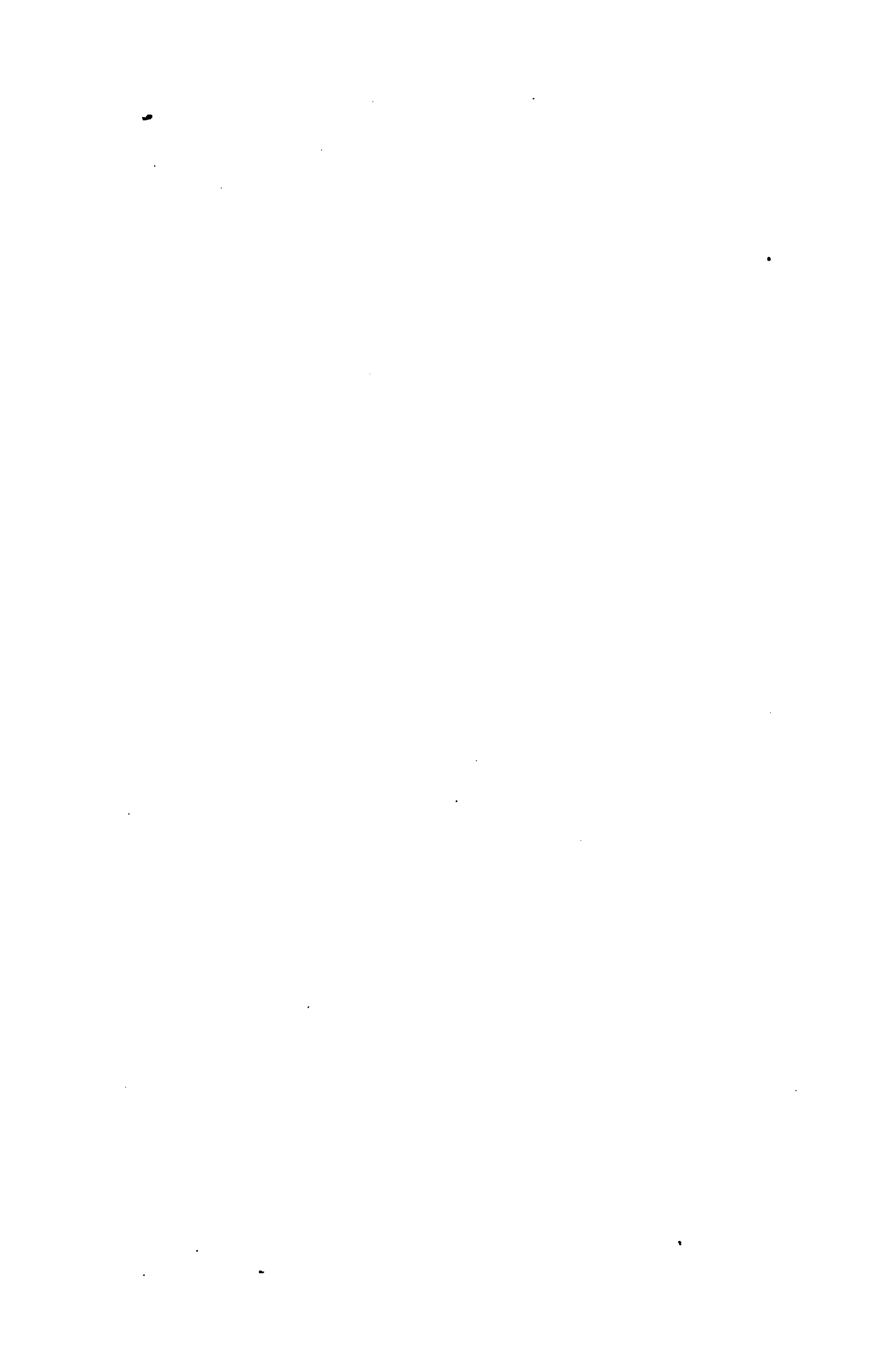
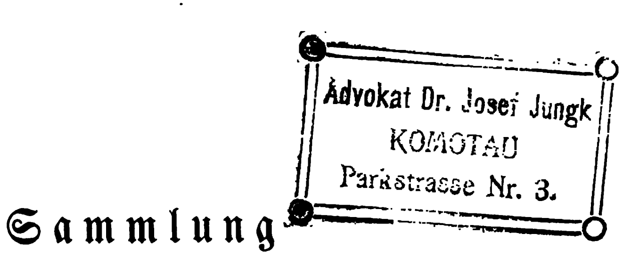










Sammlung

von

Civilrechtlichen Entscheidungen

des

k. k. obersten Gerichtshofes.

Herausgegeben

von

Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger

und

Joseph v. Walther.

Siebenter Band.

Zweite Auflage.

Wien.
Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn.
1878.


BODLEIAN
9 MAR 1922
LAW LIBR

1869.

Nr. 3227.

Verpflichtung des außerehelichen Vaters zur Bestreitung der Kosten des Begräbnisses des Kindes.

Entsch. v. 5. Jänner 1869, Nr. 10461 (Best. des Urth. des L. G. Linz v. 12. Juni 1868, Nr. 4421, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 13. August 1868, Nr. 14793). G. H. 1869, S. 130.

B, wegen Ersatz der von der Mutter seines unehelichen Kindes bestrittenen Kosten: 1. des Unterhalts und 2. des Begräbnisses des Kindes belangt, wurde in zweiter Instanz ad 2 freigesprochen, weil die Kosten der Bestattung des unehelichen Kindes nicht zu den Kosten gehören, welche nach §. 166 a. b. G. B. dem Vater zur Last fallen, sondern nach §. 549 a. b. G. B. auf der Verlassenschaft des Kindes haften, welche aber, da das Kind des B ohne Testament gestorben ist, nicht dem B zufällt.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den Beklagten zum Ersatz der Begräbnißkosten in Erwägung, daß aus der angerufenen Bestimmung des §. 549 a. b. G. B. noch nicht folgt, daß der Erzeuger des verstorbenen Kindes, wenn dasselbe — wie im vorliegenden Fall — kein Vermögen hinterließ, nicht verpflichtet sein sollte, nach Maßgabe, als er in Ermangelung eines eigenen Vermögens des Kindes die Kosten der Pflege im Allgemeinen zu tragen verbunden war, wenn das Kind während der Zeit dieser für ihn bestehenden Verpflichtung stirbt, auch die Kosten des angemessenen Begräbnisses zu bestreiten, womit an dem Kind das letzte Werk leiblicher Sorgfalt geübt wird.

Nr. 3228.

Folgen der Nichteinhaltung einer vereinbarten Proceßfrist.

Entsch. v. 5. Jänner 1869, Nr. 12219 (Best. des Decr. des B. G. Bischofteinitz v. 15. Sept. 1868, Nr. 2839, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Oct. 1868, Nr. 30774). G. Z. 1869, Nr. 14.

Nr. 3229.

Behandlung des Erwerbsteuerausstandes bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 5. Jänner 1869, Nr. 12870 (Best. des Decr. des B. G. Wlaschin v. 12. Nov. 1867, Nr. 7200, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 6. Oct. 1868, Nr. 30270). Aus den Acten.

In der Vertheilung des Meistgebots auf die im Executionsweg versteigerte Mühlrealität des B hat das O. L. G. den von dem Steueramt angemeldeten Ausstand der Erwerbssteuer bei dem Executen von den Vorzugsposten ausgeschieden.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz dieser Steuerbetrag als Vorzugspost behandelt, weil — auch abgesehen davon, daß bezüglich der Erwerbsteuer die für den Fall des Concurses geltenden Vorschriften per analogiam auch auf den Fall der Particularexecution anwendbar sind — es sich hier um die von der exequirten Mühlrealität selbst zu zahlende Erwerbsteuer handelt und daher kein Grund vorliegt, sie anders als die Grund- und Haussteuer zu behandeln.

Nr. 3230.

Zuständigkeit der Abhandlungsbehörde für Klagen auf Zahlung einer Hypothekarschuld gegen eine noch nicht eingeantwortete Verlassenschaft.

Entsch. v. 5. Jänner 1869, Nr. 23 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Waidhofen a. d. Thaia v. 4. Nov. 1868, Nr. 646 und des O. L. G. Wien v. 18. Nov. 1868, Nr. 22218). G. Z. 1869, Nr. 26. G. H. 1870, S. 35.

A belangte die Erben des Hypothekarschuldners B bei dem Realgericht auf Zahlung der Schuld. Die Verlassenschaft des B war noch nicht eingeantwortet. — Das angerufene Gericht erster Instanz stellte dem A die Klage „unter Hinweisung auf den §. 37 der J. N. wegen Incompetenz" zurück. Die zweite Instanz bestätigte diesen Bescheid, weil es sich hier um keine Realklage nach §. 52 J. N., sondern nur um eine Klage auf Zahlung einer Hypothekarschuld nach §. 56 J. N. handelt, welche nach §. 37 J. N. im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung vor die Abhandlungsinstanz gehört.

Der von A ergriffene a. o. Revisionsrecurs wurde in der Erwägung abgewiesen, daß zufolge §. 37 J. N. Klagen gegen eine noch nicht eingeantwortete Verlassenschaft bei der Abhandlungsbehörde angebracht werden müssen.

Nr. 3231.

Abgrenzung des gerichtlichen Wirkungskreises von dem der Verwaltungsbehörde: Klagen gegen Gemeindevorsteher aus Anlaß ihrer Geschäftsführung bei Begebung des National-anlehens vom Jahre 1854.

Entsch. v. 5. Jänner 1869, Nr. 37. G. Z. 1869, Nr. 47.

In dem Proceß einer Gemeindevorstehung und mehrerer dortiger Gemeindemitglieder wider ihren früheren Bürgermeister wegen Rechnungslegung über die von ihm, als gewesenem Gemeindevorstand, gepflogene Geschäftsführung in Betreff des Nationalanlehens vom Jahre 1854 hatte das Gericht auf einen Zeugenbeweis erkannt. — In der von dem Geklagten ergriffenen Appellation wurde geltend gemacht, daß die ganze Angelegenheit nicht auf den Rechtsweg, sondern vor die politische Behörde gehöre. — Die in Gemäßheit des Hofdecr. vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, um ihre Meinung befragte Statthalterei sprach sich dahin aus, daß die vorliegende Streitsache sich zur politischen Verhandlung eigne und zwar aus folgenden Gründen: Der Geklagte war vom Jahre 1858 bis 1861 Bürgermeister der erwähnten Gemeinde, welche sich laut seiner Angabe am Nationalanlehen mit der auf den Steuergulden umgelegten Summe von 40.000 fl. betheiligt hatte, und er hat die ihm in seiner Eigenschaft als Bürgermeister mit dem Minist.-Erl. vom 25. September 1854, R. G. Bl. Nr. 236, aufgetragenen Amtsgeschäfte vollzogen. Die bei seinem Amtsantritte noch verbliebene Anlehenssumme wurde während seiner Amtirung gänzlich eingezahlt und es sind nach beendigtem Anlehensgeschäfte nach dem eigenen Geständnisse des Geklagten 500 fl. in Nationalanlehens-Obligationen übrig geblieben, welche derselbe, ohne diesfalls mit der Gemeinde Rechnung gepflogen zu haben, gesetzwidrig bis jetzt für sich behalten hat, was den Anlaß zur vorliegenden Klage gab. In Betreff des Nationalanlehens vom Jahre 1854 bestimmt der Erlaß der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 25. Sept. 1854, R. G. Bl. Nr. 236, im §. 2, daß für die von Gemeinden cumulativ für die einzelnen Gemeindeglieder geschehenen Subscriptionen nur ein auf den ganzen derart subscribirten Betrag lautender Anlehensschein ausgefertigt und auf Anlangen die erforderliche Zahl von Einzahlungstabellen der Gemeindevorstehung zur Betheiligung der einzelnen Gemeindeglieder erfolgt wird, daß ferner die Einhebung der Einzahlungsraten von den einzelnen Gemeindegliedern, sowie die Abstattung des Beitrages jedes Gemeindegliedes in der ihm behändigten Einzahlungstabelle unter entsprechender Beaufsichtigung der Gemeindevorstehung obliegt, welche die gesammte Einzahlungsrate bei der Anlehenscasse abzuführen, die Schuldverschreibungen dafür in Empfang zu nehmen und an die einzelnen Gemeindeglieder nach Gebühr zu er-

folgen hat. Die durch diesen Ministerialerlaß der Gemeindevorstehung hinsichtlich des Nationalanlehens zugewiesenen Geschäfte gehörten nach §. 138 des Gemeindegesetzes vom 17. März 1849, Nr. 170, zum übertragenen Wirkungskreise der Gemeinden, und der Bürgermeister war hienach verpflichtet, die ihm durch den bezogenen Ministerialerlaß obliegenden Amtshandlungen genau zu vollziehen. Der Geklagte hat nicht als Mandatar der Gemeinde in privatrechtlichen Beziehungen derselben, sondern eben in Ausübung der durch den obbezogenen Min.-Erlaß ihm als Bürgermeister in Nationalanlehen-Angelegenheiten übertragenen Amtswirksamkeit gehandelt; er ist für diese Amtshandlungen, wenngleich die Gemeinde oder einzelne Glieder derselben dadurch in ihren Rechten beeinträchtigt wurden, nur der ihm vorgesetzten Verwaltungsbehörde verantwortlich und kann daher zur Rechnungslegung aus seiner Amtswirksamkeit im gerichtlichen Wege nicht angehalten werden.

Das O. L. G., welches diese Ansicht theilte, legte die Acten dem obersten Gerichtshofe vor, welcher in der Erwägung, daß die Ingerenz, welche der Bürgermeister während seiner Function als Gemeindevorsteher auf die Abwicklung der Angelegenheit der Betheiligung der Gemeinde am Nationalanlehen genommen hat, nur als ein Ausfluß seines Amtes als Gemeindevorsteher und des durch den Min.-Erl. vom 25. September 1854, R. G. Bl. Nr. 236, in Betreff der von Seite einer Gemeinde geschehenen Subscription auf das besagte Anlehen der Gemeindevorstehung insbesondere zugewiesenen Wirkungskreises aufgefaßt werden kann; daß die durch den bezogenen Min.-Erl. dem Gemeindevorstand zugewiesenen Geschäfte zu dem übertragenen Wirkungskreise gehören und daß der Bürgermeister für diese Geschäftsführung, wenn auch nur ein Privatinteresse der Gemeinde oder einzelner Gemeindemitglieder davon betroffen würde, doch nur der vorgesetzten Verwaltungsbehörde verantwortlich ist, im Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern den Gegenstand der Klagesache als zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet erklärt hat.

Nr. 3232.

Verhältniß des forum contractus zu der Regel des Art. 325 H. G. B.

Entsch. v. 7. Jänner 1869, Nr. 11212 (Best. des das Urth. des B. G. Urfahr v. 12. August 1868, Nr. 3690, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 8. Oct. 1868, Nr. 18026). G. Z. 1869, Nr. 41. G. H. 1869, S. 90.

Ein Productenhändler aus Wien wurde bei dem B. G. Urfahr in Oberösterreich auf Zahlung von 156 fl. für gekauftes Seegras belangt, welches er, so hieß es in der Klage, in X hätte bezahlen

sollen. Der Geklagte erhob vor allem die Einwendung der Incompetenz des Gerichtes, weil er mit dem Kläger keine ausdrückliche Vereinbarung auf Erfüllung des Kaufgeschäftes in X getroffen habe, somit der Gerichtsstand des Vertrages nach §. 43 J. N. nicht begründet erscheine und wenn er auch Geld nach X geschickt habe, damit nur der Anordnung des §. 325 H. G. B. nachgekommen sei, wodurch aber die Vorschriften der J. N. nicht geändert wurden. — Das Gericht verwarf die Einwendung der Incompetenz und erkannte in der Hauptsache. — Von dem O. L. G. wurde der Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen: Das O. L. G. hat mit vollem Rechte der vom Geklagten erhobenen Einwendung der Unzuständigkeit des B. G. Urfahr stattgegeben, weil nach §. 43 J. N. der Gerichtsstand des Vertrages nur dann begründet ist, wenn in einem Vertrage der Zahlungsort ausdrücklich bestimmt worden ist, eine solche ausdrückliche Bestimmung von dem Kläger gar nicht behauptet wird, aus der Geldsendung an den Wohnort des Gläubigers noch nicht folgt, daß sie ausdrücklich bedungen war und durch das H. G. B., wie aus dem §. 41 des Einführungsgesetzes und den Art. 324 und 325 H. G. B. klar hervorgeht, an der Bestimmung des §. 43 J. N. nichts geändert wurde.

Nr. 3233.

Umfang der Vollmacht zur Abschließung eines Kaufvertrages.

Entsch. v. 7. Jänner 1869, Nr. 11903 (theilweise Best. des das Urth. des B. G. Oberplan v. 26. Juli 1868, Nr. 2376, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 13. Oct. 1868, Nr. 26578). G. H. 1869, S. 251.

Der Klage des A als Käufer wider die Eheleute B als Verkäufer eines beiden Beklagten gemeinsamen Grundstückes setzte die Ehefrau B die Einwendung entgegen, daß sie zwar mit dem Verkauf, allein nicht mit dem vereinbarten Preis von 130 fl. einverstanden gewesen sei und deshalb niemals ihre Zustimmung zu dem von A und ihrem Ehemann geschlossenen Kaufvertrag erklärt habe, welch letzterer daher wegen Mangels ihrer Einwilligung, respective Genehmigung ungiltig sei. — Das Gericht erster Instanz ließ diese Einwendung unberücksichtigt, weil der Beklagte B, da seine Gattin einverstanden war, daß er das Grundstück dem A verkaufe, nach den §§. 1233 und 1190 a. b. G. B. als Mandatar derselben zu betrachten, mithin der Verkauf giltig zu Stande gekommen und nach §. 1201 a. b. G. B. rechtsverbindlich ist, um so mehr, als die Ehefrau B nicht behauptet, viel weniger bewiesen hat, daß sie ihren Gatten zum Verkauf nur um

einen bestimmten Preis ermächtigt hätte, und daher nach §. 1029 a. b. G. B. angenommen werden muß, daß sie ihm die Bestimmung des Preises überlassen habe. — Das O. L. G. begründete die entgegengesetzte Ansicht, daß der Kauf giltig nicht zu Stande gekommen sei, in folgender Weise: Wenn auch die B gesteht, einverstanden gewesen zu sein, daß A das Grundstück gekauft hat, so kann doch bei Berücksichtigung ihres Widerspruches bezüglich des Preises, indem sie behauptet, mit demselben nicht zufrieden gewesen zu sein, der Abschluß eines giltigen und für alle Betheiligte rechtsverbindlichen Kaufes nicht als bewiesen gelten; denn es wurde nicht behauptet, daß die B als Miteigenthümerin des Grundstückes zum Verkauf ausdrücklich die Einwilligung gegeben habe, und blos daraus, daß die B, nachdem sie von dem durch ihren Gatten vereinbarten Preis Kenntniß erlangt hatte, die Erklärung, damit nicht einverstanden zu sein, nicht abgegeben hat, geht ihre Zustimmung zum Kauf um den von dem B beliebten Preis nicht hervor, weil in dem Schweigen der B eine zustimmende Willenserklärung derselben nach §. 863 a. b. G. B. nicht gefunden werden kann. Eine Bevollmächtigung des B durch seine Frau wurde aber nicht einmal behauptet.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das die Klage abweisende Urtheil der zweiten Instanz, allein aus anderen Gründen und erklärte in seinen Motiven die von der B vorgebrachte Einwendung als ungegründet, weil sie im Proceß ausdrücklich zugestand, daß sie mit dem Verkauf einverstanden war, und weil sie auch nicht geleugnet hat, folglich für wahr anzunehmen ist, daß sie gewußt habe, daß ihr Gatte nach bereits geschlossenem Vertrag sich auf den Weg gemacht hat, die (damals erforderliche) Abtrennungsbewilligung bei der Behörde nachzusuchen, woraus sich ergibt, daß ihr Ehemann zu dem Verkaufsabschluß von ihr bevollmächtigt war, somit aber auch der Kaufpreis in ihrem Namen und Vollmacht bedungen worden ist, da ohne Bestimmung des Preises ein Kaufvertrag nicht zu Stande kommt, weshalb sie den verabredeten Preis nachträglich nicht beanständen kann.

Nr. 3234.

Streit über den Inhalt einer Bedingung: Beweislast.

Entsch. v. 7. Jänner 1869, Nr. 12047 (Best. des Urth. des B. G. Ungar.-Brod v. 31. Juli 1868, Nr. 4561, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn v. 14. Oct. 1868, Nr. 11520). G. Z. 1871, Nr. 31.

Der Vormund der minderjährigen Erben des M belangte den B, Bäcker in Luhatschowitz, auf Zahlung von 50 fl., indem er anführte, daß ihn der Geklagte aufgefordert habe, den mit der C am 17. December 1866 über das in die Verlassenschaft des M gehörige

Haus Nr. 66 in Luhatschowitz zum Betrieb einer Bäckerei abgeschlossenen Pachtvertrag rückgängig zu machen: er würde ihm als Vormund der Pupillen den mit B als Pachtzins verabredeten Betrag pr. 50 fl. selbst zahlen, damit Niemand das Bäckergewerbe in dem genannten Hause Nr. 66 ausübe. Kläger habe in Folge dieser Verabredung den mit B früher abgeschlossenen Pachtvertrag wirklich rückgängig gemacht. Der Geklagte wendete ein, daß er dem Kläger die 50 fl. für den Fall zu geben angetragen habe, wenn Niemand außer dem Geklagten Gebäck im Salzbade Luhatschowitz verkaufe, mit welchem Antrage sich der Kläger einverstanden erklärt habe; daß jedoch diese Bedingung nicht eingetroffen sei, indem zwei Frauen aus Ung.-Brod im Salzbade Luhatschowitz Gebäck verkauft hätten, so daß er großen Eintrag erlitten habe. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B zur Zahlung der eingeklagten 50 fl. — Auf Appellation des Geklagten änderte das O. L. G. das erstrichterliche Urtheil dahin ab, daß der Geklagte nur dann zur Zahlung des eingeklagten Betrages pr. 50 fl. verpflichtet sei, wenn der Kläger den Haupteid dahin ablegen würde: „daß B ihm im Falle der Rückgängigmachung des mit der C abgeschlossenen Pachtvertrages den mit dieser verabredeten Pachtzins pr. 50 fl. zu zahlen erklärte, wenn oder damit Niemand das Bäckergewerbe in dem Hause Nr. 66 in Luhatschowitz ausübe." Die obergerichtlichen Entscheidungsgründe lauten: Kläger stützt sein Begehren darauf, daß Geklagter ihm zugesichert habe, er werde ihm für den Fall, als der Pachtvertrag mit der C rückgängig gemacht werde, den mit dieser vereinbarten Pachtzins pr. 50 fl. selbst zahlen, wenn oder damit in dem Hause Nr. 66 Niemand das Bäckergewerbe ausübe, und es hat der Kläger dem Geklagten über diese Umstände den negativen referiblen Haupteid aufgetragen. Der Geklagte hat nun die von dem Kläger angeführten Umstände bis auf die von dem Kläger behauptete Bedingung zugestanden und nur widersprochen, daß die Zahlung der 50 fl. unter der von dem Kläger behaupteten Bedingung zugesichert wurde, und hat zugleich den ihm aufgetragenen Haupteid über die von ihm widersprochene Bedingung zurückgeschoben. Da nun der Kläger diesen ihm zurückgeschobenen Haupteid angenommen hat und die behauptete Bedingung, unter welcher die Zahlung des Betrages von 50 fl. zugesichert worden sein soll, für diese Streitsache einzig und allein entscheidend ist, der Kläger auch nach §. 104 a. G. O. zum Erweise der von ihm behaupteten Umstände zunächst verpflichtet ist, so mußte auf diesen dem Kläger zurückgeschobenen und von ihm angenommenen Haupteid nach §. 36 des Gesetzes über das Summarverfahren erkannt werden.

Auf die Revisionsbeschwerde des Klägers hat der oberste Gerichtshof das erstrichterliche Urtheil bestätigt und zwar aus nachstehenden Gründen: „Beide Streittheile stimmen darin überein, daß der Geklagte dem Kläger 50 fl. unter der Bedingung versprochen hat, daß

der Letztere den über den Betrieb der Bäckerei im Hause seiner Pupillen Nr. 66 in Luhatschowitz um 50 fl. abgeschlossenen Pachtvertrag rückgängig mache, damit — wie der Kläger weiter behauptet — im Hause Nr. 66 zu Luhatschowitz Niemand das Bäckergewerbe ausübe, oder — wie der Geklagte anführt — wenn Niemand außer dem Beklagten im Salzbade Luhatschowitz Gebäck verkaufe. Sie differiren daher nur in dem Endzwecke. Nimmt man nun auch an, daß auch dieser Endzweck zur Bedingung des Vertrages gemacht worden sei, weil sonst nicht wohl erklärlich wäre, daß der Geklagte dem Kläger überhaupt 50 fl. für die Rückgängigmachung des Vertrages versprochen hätte, wenn dieser denselben Vertrag sofort mit einem Dritten hätte abschließen können, so muß bemerkt werden, daß die von dem Beklagten angegebene weitere Bedingung die vom Kläger behauptete insofern in sich begreift, daß, wenn Niemand im Salzbade Luhatschowitz Gebäck außer dem Geklagten selbst verkauft, auch schwerlich Jemand im Hause Nr. 66 zu Luhatschowitz das Bäckergewerbe ausüben werde, daß die von dem Geklagten behauptete weitere Bedingung, soweit sie über die von dem Kläger angegebene hinausgreift, eine für den Kläger unmögliche ist, indem es nicht in seiner Macht liegt zu hindern, daß Jemand außer dem Geklagten Gebäck im Salzbade Luhatschowitz verkaufe und daß sie daher nach §§. 698 und 898 a. b. G. B. als nicht beigesetzt angesehen werden müsse. Da aber von einer dritten ganz verschiedenen weiteren Bedingung nirgends die Rede ist und auch nicht vorausgesetzt werden kann, daß der Geklagte dem Kläger oder seinen Pupillen die 50 fl. habe schenken wollen, so könnte nur angenommen werden, daß die von dem Kläger angeführte Bedingung gesetzt worden sei. Diese Bedingung ist aber, wie der Geklagte selbst zugesteht, erfüllt; es mußte daher das erstrichterliche, dem Klagebegehren unbedingt stattgebende Urtheil bestätigt werden."

Nr. 3235.

Einklagung von Urtheilszinsen: Unstatthaftigkeit der exceptio rei judicatae.

Entsch. v. 7. Jänner 1869, Nr. 12206 (Best. des das Urth. des B. G. Podersam v. 31. März 1868, Nr. 1102, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 19. August 1868, Nr. 25660). G. Z. 1871, Nr. 104. G. H. 1869, S. 109.

A erwirkte wider die Eheleute B und C als Besitzer der Wirthschaft X den Zahlungsbefehl vom 25. Jänner 1865 für das auf dieser Liegenschaft versicherte Capital von 1312 fl. 50 kr. sammt den seit 2. Juni 1862 bis zur Zahlung laufenden Zinsen. Im Jahre 1867 begehrte A mit neuer Klage die solidarische Verurtheilung der B und C zur Zahlung der rückständigen Zinsen des obigen Capitales für die

Zeit vom 25. Jänner 1865 bis zum 25. Jänner 1867 und zwar ausdrücklich in Gemäßheit der Just.-Min.-Verordn. vom 21. Juli 1858, R. G. Bl., Nr. 105 zur Unterbrechung der Verjährung. Die Beklagten erhoben die Einwendung der res judicata. — Das Gericht erster Instanz gab dieser Einwendung statt, weil Zinsen, welche den Gegenstand der Klage bilden, schon mit dem Zahlungsbefehl vom Jahre 1865 zuerkannt wurden und daher nach dem Hofdecr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 nicht mehr eingeklagt werden können, weil die Just.-Min.-Verordn. v. 21. Juli 1858, Nr. 105 die Rechtswirksamkeit des §. 1480 a. b. G. B. aufrecht erhält und die nochmalige Einklagung der bereits zugesprochenen Zinsen nicht vorschreibt, und weil die in der Klage begehrte Solidarzahlung den Gegenstand des Streites nicht ändert. — Das O. L. G. verwarf die Einwendung der res judicata, weil die Klage auf Zahlung der Zinsen von zwei Jahren und das Klagebegehren wider die Beklagten als angebliche Solidarschuldner gerichtet ist; weil ferner die Klage offenbar zu dem Zwecke angestellt ist, um in Gemäßheit der §§. 1480 und 1497 a. b. G. B. und der Just.-Min.-Verordn. vom 21. Juli 1858, Nr. 105 die Verjährung der erwähnten, nach der erreichten Rechtskraft des Zahlungsbefehles vom 25. Jänner 1865 verfallenen Interessen zu unterbrechen, daher ein Rückerlag der Klage, im Sinne des Hofdcr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 a a um so weniger zulässig ist, als eine solche Klage gerade ein früheres, auf künftig verfallende Zinsen lautendes rechtskräftiges Erkenntniß voraussetzt, die Einwendung der entschiedenen Rechtssache daher offenbar ungegründet ist und der Rückerlag der Klage sich als unzulässig darstellt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3236.

Zeitpunkt des Uebergangs der Competenz in Ehesachen auf die weltlichen Gerichte: Tag der letzten Entscheidung oder der Zustellung?

Entsch. v. 7. Jänner 1869, Nr. 12898 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Graz v. 2. Oct. 1868, Nr. 15457 und des O. L. G. Graz vom 10. Nov. 1868, Nr. 14027). G. H. 1869, S. 63.

Vor dem 10. Juli 1868, an welchem Tage das Gesetz vom 25. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 47, betreffend die Wiedereinführung der Normen des a. b. G. B. über das Eherecht für Katholiken, in Wirksamkeit getreten ist, hatte die A bei dem L. G. in Graz mit Berufung auf Art. IV §. 4 des citirten Gesetzes die Wiederaufnahme des von ihr gegen ihren Gatten beim geistlichen Gericht an-

hängig gemachten Ehescheidungsprocesses begehrt und war von beiden Untergerichten mit Bezugnahme auf das in dem Processe bereits am 25. Juni 1868 vom geistlichen Gericht dritter Instanz gefällte Endurtheil abgewiesen worden. — Dagegen ergriff die A den Revisionsrecurs, weil ihr das erwähnte Urtheil erst am 10. September 1868 zugestellt wurde, mithin, da kein Erkenntniß vor dessen Behändigung an die Parteien rechtswirksam sei, am 10. Juli 1868 die Verhandlung des Scheidungsprocesses noch nicht beendet, sondern noch anhängig und daher dem weltlichen Richter zu übertragen war.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in Erwägung, daß mit dem in dritter Instanz gefällten Urtheil der Streit beendet worden ist, obgleich die Zustellung des Urtheils an die Parteien noch nicht vollzogen war; daß folglich der Fall der im Gesetz vom 25. Mai 1868, Nr. 47 im Art. IV §. 4 angeordneten Uebertragung einer noch anhängigen Verhandlung vor dem geistlichen Gericht an das weltliche Gericht zur Fortführung derselben hier nicht vorlag.

Nr. 3237.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Civil- und Strafgerichte: Anspruch des Privatanklägers auf Ersatz der Kosten des Strafverfahrens.

Entsch. v. 8. Jänner 1869, Nr. 12444 (Best. des das Urth. des B. G. Zöbnuet v. 3. Oct. 1868, Nr. 4316, aufheb. Decr. des O. L. G. Brünn v. 4. Nov. 1868, Nr. 13122). G. Z. 1869, Nr. 26.

Nr. 3238.

Exceptio rei judicatae: eadem res?

Entsch. v. 8. Jänner 1869, Nr. 12595 (Best. des Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 12. Februar 1868, Nr. 12696, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 8. Oct. 1868, Nr. 13374). G. Z. 1870, Nr. 11.

In dem Rückerlag der von A gegen B pto. Zahlung von 525 fl. ö. W. angestellten Klage vom 13. Juni 1867 hat B angeführt: A behauptet in der Klage, daß er mit den bezeichneten Betrag zuzählte, und zwar als Darlehen, für welches ich ihm den der Klage beiliegenden Wechsel übergeben haben soll, durch dessen Nichtzahlung ich mich sohin zu seinem Schaden um die angeblich empfangene Darlehensvaluta bereichern würde. Der Gegner hat mich aber bereits mit Klage vom 5. Juni 1865, auf die Rückzahlung eines mir von

ihm am 1. August 1856 angeblich zugezählten Darlehens von 500 fl. C. M. belangt, wurde jedoch mit dieser Klage durch Urtheil vom 19. September 1866 rechtskräftig abgewiesen, weil er, wie sich aus den Urtheilsgründen ergibt, einen Beweis darüber, daß er mir ein solches Darlehen zugezählt habe, nicht einmal anzubieten vermochte. A wendete dagegen ein: er habe allerdings am 5. Juni 1865, aus dem Darlehen geklagt, jetzt klage er aber aus dem Titel der Bereicherung (Art. 83 der W. O.); mit der Verschiedenheit der Rechtstitel sei aber auch die Verschiedenheit der Streitsachen constatirt. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Rückerlag. — Das O. L. G. entschied im entgegengesetzten Sinne, aus folgenden Gründen: Dem Rückerlag kann deshalb nicht stattgegeben werden, weil die beiden Klagen, nämlich jene vom 5. Juni 1865, worüber das Urtheil vom 19. September 1866 erflossen ist, und jene vom 13. Juni 1867, welche der Geklagte zurücklegen will, zwar dieselbe Summe zum Gegenstande haben, die Summe aber aus verschiedenen Rechtstiteln beansprucht wird. Denn in der ersten Klage wird behauptet, daß am 1. August 1856 ein baares Darlehen zugezählt wurde und wird die Zahlung des Darlehensbetrages von 500 fl. C. M. verlangt, somit wurde aus dem Titel des Darlehens geklagt. In der zweiten Klage wird aber die Zahlung aus dem Titel der Bereicherung gefordert, weil bei Zuzählung des zum Behufe einer Gesellschaftseinlage gegebenen Darlehens über dieses Darlehen der Wechsel vom 1. August 1856 ausgestellt und übergeben wurde, der Geklagte sich daher durch diese Darlehensschuld bereichern würde, da der hierüber ausgestellte Wechsel mittlerweile verjährt ist. Dem Kläger kann nicht verwehrt werden, die vergebens aus dem Titel des Darlehens geforderte Zahlung nunmehr aus dem Titel der Bereicherung in Anspruch zu nehmen. Das erstrichterliche Urtheil mußte demgemäß abgeändert werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Es ist unbestritten, daß beide Klagen denselben Geklagten und dieselben 525 fl. ö. W. betreffen. Sie beruhen aber auch auf demselben Titel, denn in der ersten Klage wird behauptet, daß der Kläger dem Geklagten und seiner Gattin am 1. August 1856 ein baares Darlehen pr. 500 fl. C. M. zugezählt habe, welches sie auf erhaltene Zufristungen am 1. Mai 1861 zur ungetheilten Hand zurückzuzahlen versprachen, und um dessen Zahlungsauflage gebeten wurde. In der zweiten Klage wird zwar im Petitum ein Titel nicht angegeben, aber im Contexte der Klage heißt es, daß der Kläger dem Geklagten zum gemeinschaftlichen Betriebe eines Eisenhandels 525 fl. ö. W. baar dargeliehen habe, wofür ihm der letztere ein Accept vom 1. August 1856, welches auch seine Frau als Solidarschuldnerin mit unterschrieb, übergab, das bis 1. Mai 1861 prolongirt, aber nicht eingelöst wurde und dann verjährte, daher nun auf Grund des Art. 83 W. O. und der dem Geklagten zum Schaden des Klägers zugehenden

Bereicherung die Zahlung dieser 525 fl. ö. W. verlangt wird. Hienach könnte es bei oberflächlicher Betrachtung allerdings scheinen, daß die Klage auf einem andern Titel beruhe. Allein wenn man in das Wesen der Sache eingeht, so zeigt sich sofort, daß dieses eben nur Schein ist. Denn dadurch, daß der Geklagte und seine Gattin dem Kläger schon ursprünglich statt eines Solidarschuldscheines für das empfangene Darlehen ein Accept übergaben, wurde die zu Grunde liegende Darlehensverbindlichkeit weder einer Novation unterzogen noch aufgehoben, sondern nur wechselrechtlich bekräftigt. Der Art. 83 W. O. gewährt für eine Forderung, deren Wechselrecht durch Verjährung oder Versäumniß erloschen ist, gegen den Wechselaussteller und den Acceptanten dem Inhaber keinen neuen Titel, sondern gestattet nur, diese Forderung gegen dieselben gemeinrechtlich einzuklagen, insoweit sie sich zum Schaden des Inhabers bereichern würden, oder mit andern Worten: der Art. 83 W. O. behält dem Wechselinhaber gegen den Aussteller und Acceptanten ungeachtet des erloschenen Wechselrechtes seine gemeinrechtliche Forderung unter der erwähnten Beschränkung vor, bezieht sich aber in keiner Weise auf die erloschene Wechselverbindlichkeit. Dieser Art. zwingt also gerade, auf die factischen Grundlagen des Wechselgeschäftes und somit auf den gemeinrechtlichen Titel der erloschenen Wechselforderung zurückzugehen, und es steht schlimm für den Inhaber, wenn auch dieser gemeinrechtliche Titel bereits erloschen ist. Dieser ist aber hier der Darlehensvertrag, dessen Valuta das Object wäre, um welches sich der Geklagte im Falle der Nichtzahlung zum Schaden des Klägers bereichern würde. Da nun über diese Darlehensforderung, zwischen den Parteien bereits rechtskräftig entschieden ist, so ist der Geklagte berechtigt, die neue, dieselbe Darlehensforderung betreffende Klage, zu welcher eine Restitution nicht erwirkt wurde, zurückzulegen, daher das erstrichterliche Urtheil bestätigt werden mußte.

Nr. 3239.

Exceptio rei judicatae: eadem res?

Entsch. v. 8. Jänner 1869, Nr. 12621 (Best. des Urth. des B. G. Wieden in Wien v. 12. Februar 1868, Nr. 12697, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 8. Oct. 1868, Nr. 13375). G. Z. 1870, Nr. 11.

Sachverhalt und Entscheidung wie bei Entsch. v. 8. Jänner 1869, Nr. 12595 (Sammlung Nr. 3238).

Nr. 3240.

Nichtgenehmigung einer letztwilligen Stiftung: Rechtliche Folgen derselben.

Entsch. v. 12. Jänner 1869, Nr. 9977 (Best. des Urth. des L. G. Krakau v. 23. Juli 1867, Nr. 10864, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 10. Jänner 1868, Nr. 18521). G. H. 1869, S. 146.

Die im Jahre 1863 zu Krakau verstorbene polnische Gräfin M hat letztwillig für die Stiftung „eines Hauses zur Versorgung von polnischen Invaliden, welche für ihre Nation Alles geopfert haben", mit der ausdrücklichen Intention: „Es ist mein Wunsch, daß diese Stiftung für ewige Zeiten in Polen, und wenn möglich, in Krakau bestehe" — 100.000 Francs ausgesetzt, die Stiftung unter die Obhut des Kaisers Napoleon III. gestellt und beigefügt, daß sie einen Brief an den Testamentsvollstrecker beischließe, damit er ihrem obigen letzten Willen gemäß wirken könne. In diesem an den Grafen B gerichteten Brief, den sie als Testamentsanhang bezeichnet, hat die M denselben verpflichtet, ihren letzten Willen, wenn dessen vollständige Vollstreckung nicht thunlich wäre, doch jedenfalls, soweit er ausführbar sein werde, in Erfüllung zu bringen. Die Verwaltungsbehörde versagte der Stiftung, deren Entwurf Graf B vorlegte, die Genehmigung in der Erwägung, daß — auch abgesehen von der Unzulässigkeit, eine Stiftung, welche wenn sie regelmäßig zu Stande gekommen, den vollkommen ausreichenden Schutz der einheimischen Gesetze genießen würde, unter den Schutz eines fremden Souverains zu stellen — die Errichtung dieser Stiftung deshalb unstatthaft ist, weil deren offenbare Tendenz dahin geht, Individuen, die sich durch Störung der Ruhe und Ordnung in dem Inland oder in den Nachbarstaaten durch das Strafgesetz verpönter Handlungen schuldig gemacht haben, die Aussicht auf ein sorgenfreies Alter, somit gewissermaßen auf eine Belohnung ihrer strafbaren Handlungen zu eröffnen. Nun betraten die Testamentserben der M den Rechtsweg, indem sie den Testamentsexecutor Graf B belangten und das Begehren stellten, daß das obige Legat der Gräfin M ungiltig sei und daß die vermachte Summe von 100.000 Francs in der Verlassenschaft zu Gunsten der Erben zu verbleiben habe. — Dem in erster Instanz abgewiesenen Klagebegehren wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen stattgegeben: Die von der M ausgedrückte Intention: „es ist mein Wunsch . . . ." und die in dem Brief an B ersichtliche Widmung: „ich bestimme diese Summe für den Unterhalt von fünf Invaliden, welche in dieser Stiftung für ewige Zeiten einen Zufluchtsort finden sollen", stellen die Absicht der M, eine Stiftung auf immerwährende Zeiten zu gründen, außer Zweifel. Da nun der rechtliche Bestand einer derartigen Stiftung nach §. 646 a. b. G. B., Hofdcr. v. 13. Jänner 1821, Nr. 1730, vom 7. Juni 1841 der J. G. S., Nr. 541 und nach §. 84 des Patentes

v. 9. Aug. 1854 R. G. Bl. Nr. 208 von der Entscheidung der Administrativbehörde abhängt, welche aber die Genehmigung der in Rede stehenden Stiftung versagt hat, so erscheint das dafür ausgesetzte Geldlegat nach §. 689 a. b. G. B. als wirkungslos und muß in der Masse verbleiben. Zwar hat die M in ihrem Brief an B erklärt, daß bei Unthunlichkeit der Errichtung der Stiftung die verschriebene Summe dem B zur angemessenen, ihrem Willen entsprechenden Verfügung auszufolgen sei; allein auch diese Anordnung kann den rechtlichen Bestand des Legats nicht begründen, weil der Brief nicht in der Form einer letztwilligen Verfügung abgefaßt, mithin nur das Codicill selbst maßgebend ist, und weil — davon abgesehen — die briefliche Ermächtigung in Verbindung mit dem Codicill auch nicht die Befugniß ergäbe, die verschriebene Summe einer mit der intendirten Stiftung nicht in Einklang stehenden Bestimmung zuzuführen, zumal nach dem Codicill es der ernste letzte Wille der M war, eine immerwährende Stiftung für polnische Invaliden zu gründen und jede andere Verwendung des Geldes nach dem weiteren Codicillabsatz, worin es heißt: „ich schließe einen Brief an den Testamentsvollstrecker bei, daß er meinem obigen letzten Willen gemäß wirken könnte", den deutlich ausgesprochenen Intentionen der M zuwider laufen würde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Das Begehren der Kläger, darauf gestützt, daß die Verwaltungsbehörde das Stiftungslegat als zur Annahme nicht geeignet erklärt hat, entbehrt bei näherer Prüfung des Inhalts der letztwilligen Anordnung und der darin erklärten Absicht der M einer genügenden Grundlage. Denn die M hat weder ihre Stiftung an die Bedingung geknüpft, daß die Stiftlinge, ihre Landsleute, österreichische Staatsangehörige sein müssen, noch das Dasein derselben ausnahmslos auf das österreichische Territorium beschränkt, da sie, wenn auch in der letzten Beziehung die Stadt Krakau als den wünschenswerthesten Standpunkt bezeichnend, doch ausdrücklich auch ganz Polen in den territorialen Umfang der Stiftung aufnahm. Obgleich nun das hiezu bestimmte Legat nach den inländischen politischen Vorschriften nicht als behördlich anerkannte Stiftung in das Leben treten kann, so ist dasselbe darum allein nicht für rechtsunwirksam zu erklären, weil es dadurch die Natur eines zu wohlthätigen Zwecken bestimmten Legats nicht verliert, von dem ebenso österreichische wie fremde Staatsbürger polnischer Nationalität Nutzen ziehen können, da kein Gesetz die Honorirung auswärtiger, physischer oder moralischer Personen mit Legaten verbietet, sofern damit kein unerlaubter oder strafbarer Zweck verbunden wird. — Hiezu tritt noch der bedeutsame Umstand, daß die M in dem von ihr als Testamentsanhang bezeichneten, nach Inhalt und Form einen Bestandtheil der letztwilligen Anordnung bildenden Brief an B diesem ihrem Vertrauensmann und Vollzieher des letzten Willens ausdrücklich die Macht einräumt und die Pflicht auflegt,

ihren letzten Willen, wenn dessen volle Ausführung nicht thunlich, soweit, als er ausführbar sein werde, in Erfüllung zu bringen. Hienach ist auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß von B ein anderer, entsprechend modificirter Entwurf der Stiftung vorgelegt und von der Verwaltungsbehörde genehmigt wird. — Wollte man unter diesen Umständen das Legat als rechtsunwirksam erklären und dessen Rückfall in die Verlassenschaft zu Gunsten der Erben aussprechen, so würde dem erklärten Willen der M geradezu entgegengehandelt werden, und dies um so mehr, als sie kategorisch erklärt hat, daß sie ihre Verwandten von der legirten Summe der 100.000 Francs unter jeder Bedingung ausgeschlossen wissen wolle.

Nr. 3241.

Tilgung oder Bestärkung einer Buchschuld durch Girirung eines Wechsels?

Entsch. v. 12. Jänner 1869, Nr. 10524 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Reichenberg v. 27. Juni 1868, Nr. 3960 und des O. L. G. Prag v. 19. August 1868, Nr. 24061). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 50.

Auf Abschlag einer Buchschuld bei der Firma A hat der Fabrikant B derselben einen an eigene Ordre gezogenen, vom Trassaten acceptirten und von B an A indossirten Wechsel eingesendet, welcher von A weiter girirt wurde und wegen unterbliebener Zahlung eingelöst werden mußte. Auf Grund dieses, von B zugestandenen Sachverhaltes, und mit der Anführung, den Wechsel nur mit dem Vorbehalt des richtigen Einganges der Valuta an Zahlungsstatt angenommen und dessen Betrag von der Buchschuld abgeschrieben zu haben, belangte nun die Firma A den B auf Zahlung der Wechselsumme als Buchschuld und wurde von beiden Untergerichten abgewiesen wegen der durch das Wechselgeschäft mittelst Novation herbeigeführten Erlöschung der Forderung als Buchschuld.

Der oberste Gerichtshof verurtheilte den B zur Zahlung nach dem Klagebegehren gegen Zurückstellung des Wechsels von Seite der Klägerin. Gründe: Nach dem zugestandenen Inhalt der Klage hat B den Wechsel . . . . an A girirt und eingesendet, welcher nach Anführung der A mit dem Vorbehalt des richtigen Einganges angenommen wurde. Diesen Vorbehalt stützt die Firma A auf den von ihr als bestehend angegebenen Handelsbrauch, wornach in laufender Rechnung eingesendete Wechsel dem Einsender gut-, beim Nichteingang der Valuta nebst den Spesen wieder zur Last geschrieben, daher mit dem Vorbehalt des richtigen Einganges an Zahlungsstatt angenommen werden, wenn nicht die Uebergabe und Uebernahme des Wechsels ausdrücklich ohne Obligo stattfindet. Dem entgegen behauptet B, daß durch die Annahme des

Wechsels die Buchschuld novirt wurde und erloschen, dagegen die entstandene Wechselschuld nicht eingeklagt sei. Da jedoch eine Novation ausdrücklich nicht verabredet worden ist, so könnte sie nur aus der Annahme des Wechsels erschlossen werden, wozu aber nach §. 863 a. b. G. B. erforderlich wäre, daß nach Ueberlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund übrig bleibe, um zu bezweifeln, daß mit der Annahme des Wechsels gemeint gewesen sei, sich schlechthin nur an den Wechsel zu halten. Solche Umstände liegen aber nicht vor; denn es läßt sich mit gutem Grund auch annehmen, daß die Firma A den eingesendeten Wechsel angenommen hat, um zu versuchen, ob sie damit beim Domiciliaten ohne weitere Procedur zu ihrem Geld kommen kann, und ihn im andern Fall zu refusiren und gegen B wieder ihre Buchforderung geltend zu machen, indem mit dem Wechsel ja nicht die wirkliche Zahlung geleistet, sondern eine Zahlung nur angewiesen wurde. Eine Novation kann ohne strengen Beweis als vorhanden nicht angenommen werden. Es kann daher das Begehren der Firma um Zahlung der Buchforderung gegen Rückstellung des Wechsels nicht beanständigt werden.

Nr. 3242.

Schuldübernahme: Zulässigkeit des dem Vertreter des Deferenten zurückgeschobenen Haupteides über ein von ihm als Mandatar des Deferenten geschlossenes Rechtsgeschäft.

Entsch. v. 12. Jänner 1869, Nr. 12067 (Best. des das Urth. des B. G. Reutte v. 12. Juli 1868, Nr. 3443, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 21. Sept. 1868, Nr. 2819). G. Z. 1869, Nr. 82.

In der Rechtssache des durch den Advocaten Dr. X vertretenen A wider B pcto. Zahlung von 750 fl., d. i. der Schuld des C an A, welche nach der Anführung des Klägers der Beklagte übernommen hatte, erkannte die erste Instanz auf den rückschiebbaren Haupteid des B, daß er dem Dr. X, als Mandatar des A, die Uebernahme und Zahlung der besagten Schuld des C nicht versprochen, und daß Dr. X ein solches Versprechen nicht angenommen habe.

Das O. L. G. hingegen erkannte auf den dem Dr. X. zurückgeschobenen, von diesem anzutretenden und abzuschwörenden bejahenden Haupteid, und dieses Erkenntniß wurde auf das Revisionsbegehren des Klägers vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung bestätigt, daß, nachdem der von beiden Untergerichten mit vollem Recht als entscheidend anerkannte Haupteid sich auf eine vom Beklagten, dem Dr. X als Mandatar des A gegenüber, abgegebene Erklärung der Uebernahme der eingeklagten Schuld des C und auf das demselben Bevollmächtigten gegenüber geleistete und von ihm im Namen seines Man-

danten angenommene Zahlungsversprechen, somit auf Thatsachen bezieht, bei welchen eben nur der Beklagte und Dr. X intervenirten, es keinem Anstand unterliegen kann, daß dieser dem Beklagten rückschiebbar aufgetragene, von ihm in der Einrede ausdrücklich „dem Dr. X als Vertreter des A" zurückgeschobene Eid dem Dr. X, der sich zu dessen Ablegung in der Verhandlung bereit erklärt hat, durch Urtheil aufgetragen werde.

Nr. 3243.

Legitimation zur gerichtlichen Kündigung der Miethe: Zulässigkeit der Ergänzung des Nachweises bei der nachfolgenden Streitverhandlung.

Entsch. v. 12. Jänner 1869, Nr. 308 (Best. des Urth. des B. G. Neubau in Wien v. 17. Dec. 1868, Nr. 20056, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 30. Dec. 1868, Nr. 28121). G. Z. 1869, Nr. 18. G. H. 1869, S. 158.

B als Inhaber des Hauses Nr. 42, kündigte dem A die darin gemiethete Wohnung auf. A bestritt die Aufkündigung mit der Behauptung, daß B dazu nicht berechtigt sei, weil das Haus Nr. 42 dem B blos zu einem Drittel, dem C sowie der D zu je einem Drittel gehöre, daher die zur giltigen Verfügung über diese gemeinschaftliche Sache erforderliche Mehrheit der Miteigenthümer nicht vorhanden sei. Bei der auf diese Einwendung angeordneten Tagsatzung erschien A nicht, sondern der Vertreter des B, welcher durch Grundbuchsauszug nachwies, daß zwei Drittel des Hauses dem B und seiner Gattin E und ein Drittel dem C gehöre, unter Einlegung der Vollmacht der Barbara E der von ihrem Gatten gemachten Aufkündigung beitrat und darauf gestützt, daß somit die Aufkündigung von den Eigenthümern des Hauses zu zwei Drittel ausgehe, um Schöpfung des Contumacialerkenntnisses bat. — Das Gericht erster Instanz entschied auf Rechtsunwirksamkeit der Aufkündigung mit folgender Begründung: Nach §. 833 a. b. G. B. entscheidet bei Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache die Mehrzahl der Stimmen. Es kann daher auch die Kündigung einer Wohnung nur von der Majorität der Eigenthümer erfolgen. Der Geklagte ist aber nur Eigenthümer des dritten Theiles des Hauses Nr. 42, daher für sich allein nicht berechtigt, einem Miether zu künden und es mußte daher dem Klagebegehren stattgegeben werden. Die Ungiltigkeit der Kündigung wird durch die bei der Tagsatzung vom 28. November 1868 abgegebene Erklärung des Vertreters der Barbara E, daß dieselbe als Eigenthümerin des zweiten Drittheiles des Hauses der Kündigung beitrete, nicht aufgehoben, weil diese Erklärung zur Zeit der Kündigung und bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht vorlag, daher von dem Kläger nicht berücksichtigt werden konnte und überdies gemäß

§. 5 der kaiserl. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 von amtswegen zurückzuweisen ist; die Unwirksamkeit dieser Aufkündigung geht auch aus dem §. 3 dieser kaiserl. Verordnung hervor, indem diese Aufkündigung von Seite des Klägers gegen die übrigen Miteigenthümer des Hauses nicht in Vollzug gesetzt werden kann. — Das O. L. G. erkannte, daß die Aufkündigung zurecht bestehe, und zwar aus folgenden Gründen: Die Einwendung des A gegen die Aufkündigung beruht blos auf einer irrigen factischen Voraussetzung, indem er angibt, daß B nur ein Drittel des Hauses Nr. 42 besitze, die übrigen zwei Drittel aber dem C und der D gehören, und daß daher nicht die Majorität der Hauseigenthümer sich für die Aufkündigung ausgesprochen habe, während dagegen in der Verhandlung ausgewiesen wurde, daß B und dessen Gattin E Eigenthümer von zwei Drittheilen des Hauses zu gleichen Theilen sind, daß E die von ihrem Gatten angebrachte Aufkündigung auch für sich als wirksam anerkennt, so daß sonach der nach §. 833 a. b. G. B. erforderliche Majoritätsbeschluß der Theilhaber allerdings vorhanden ist. Nachdem A bei der auf seine Einwendungen angeordneten Tagsatzung nicht erschienen ist, so muß nach §. 18 des Gesetzes über das Summarverfahren, auf Grundlage der obangeführten durch den Grundbuchsextract unterstützten Angaben des B erkannt werden, und es war zu der Annahme, als ob die Erklärung der E als eine neuerlich angebrachte Aufkündigung aufzufassen sei, um so weniger Grund vorhanden, als eine solche Einwendung von Seite des A nicht geltend gemacht wurde, vielmehr B bereits nach §§. 1034 und 1238 als gesetzlicher Vertreter seiner Gattin zu betrachten ist, und letztere diese Vertretungsbefugniß eben durch ihre ausdrückliche Zustimmung erkannt hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil erster Instanz aus den für selbes angeführten Gründen und in der Erwägung, daß B nur in der Eigenschaft „als Hausinhaber", und nicht auch zugleich als Bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter seiner Gattin, daher nur bezüglich des ihm eigenthümlichen Drittels des Hauses die Aufkündigung einbrachte und es ein gerichtsordnungswidriger Vorgang war, daß die E im Laufe des Processes als Mitgeklagte in eigenem Namen, nicht etwa blos als Vertretungsleisterin, eintreten wollte; daß endlich dadurch, daß sie die Aufkündigung nicht überreicht hatte, dem Gegner die Möglichkeit benommen war, Einwendungen, welche ihm gegen sie zugestanden wären, in der gesetzlichen Frist anzubringen.

Nr. 3244.

Alimentationspflicht des Großvaters: Entscheidung darüber im nichtstreitigen Verfahren. Verpflichtung der Großeltern zur Erhaltung der Enkel.

Entsch. v. 12. Jänner 1869, Nr. 356 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 17. Oct. 1868, Nr. 32071, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 18. Nov. 1868, Nr. 22298). G. Z. 1869, Nr. 27.

Die A brachte beim B. G. der innern Stadt Wien, als Personalinstanz ihrer zwei unmündigen Kinder, an, daß ihr Gatte im Mai 1868 sie verlassen habe, im Juli darauf unbefugt nach Amerika, unbekannt nach welchem Ort, ausgewandert sei, sie und ihre Kinder ohne alles Vermögen zurückgelassen habe, daher nun zufolge §. 143 a. b. G. B. die Pflicht zur Erhaltung der Kinder den B als deren väterlichen Großvater treffe, weshalb sie die Bitte stelle, für erstere einen Curator zu bestellen und letzterem einen Alimentationsbetrag aufzuerlegen. Das angerufene B. G. bestellte einen Curator ad actum für die Kinder und ordnete eine Tagsatzung mit dem Großvater behufs seiner Einvernehmung an. — Dagegen ergriff dieser den Recurs, weil er nicht dem obigen B. G. unterstehe (da er in der Leopoldstadt wohnte); weil nach §. 1 der a. G. O. der Richter nie von amtswegen, sondern nur auf eine förmliche Klage verfahren dürfe; und weil in der Sache selbst er sich zu einer Alimentation nicht verpflichtet glaube, daher die Bittsteller auf den ordentlichen Rechtsweg zu weisen seien. — Das O. L. G. verwies die A auf den Rechtsweg und erklärte in seinen Motiven, daß die Bestimmungen der §§. 17 und 1221 a. b. G. B. (auf deren Analogie die Bittstellerin sich berufen hatte) keine Anwendung finden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid. Gründe: Nach §. 21 a. b. G. B. stehen Minderjährige unter dem besonderen Schutze der Gesetze; zufolge §. 178 daselbst hat das Gericht dort, wo eine Unterlassung der aus dem Familienrechte entspringenden Pflichten gegen Minderjährige eintritt — was im vorliegenden Falle behauptet wird, den Gegenstand der Beschwerde zu untersuchen und die den Umständen angemessenen Verfügungen zu treffen, daher allerdings von amtswegen einzuschreiten, was auch aus dem Patente v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 sich entnehmen läßt. Durch die Einvernehmung wird ferner dem B die Gelegenheit geboten, jene Umstände zur Geltung zu bringen, welche angeblich ihn von der den Großeltern im §. 143 a. b. G. B. bedingt auferlegten Pflicht, für den Unterhalt ihrer Enkel zu sorgen, befreien sollen.

Nr. 3245.

Selbsthilfe: Berechtigung des Dienstherrn zur eigenmächtigen Räumung der Dienstwohnung?

Entsch. v. 14. Jänner 1869, Nr. 6722 (Best. des Urth. des K. G. Rzeszow v. 19. April 1867, Nr. 553, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 13. Nov. 1867, Nr. 12395). G. H. 1869, S. 142.

Die B hatte dem A den Dienst als Oekonom aufgekündigt und ihn vergeblich zur Räumung der Wohnung aufgefordert, welche ihm während der Zeit seines Dienstes in ihrem Hause eingeräumt worden war. Sie ließ nun die Fahrniß des A aus der von ihm wider Recht benutzten Wohnung entfernen und wurde sodann von A, welcher behauptete, daß bei dieser Gelegenheit seine Mobilien zum Theil beschädigt, zum Theil entwendet worden seien, auf Zahlung von 51 fl. als Schadenersatz belangt. Die Beklagte leugnete, daß die Wegschaffung der Mobilien auf eine Art erfolgte, daß daraus ein Schaden entstanden sei und vertheidigte sich, davon abgesehen, damit, daß ihr das unbestrittene Recht zustand, die entsprechenden Mittel anzuwenden, um die Entfernung des Klägers aus der von ihm widerrechtlich vorenthaltenen Wohnung zu bewirken, und daß als ein solches Mittel die Wegschaffung seiner Effecten aus der Wohnung wohl angesehen werden müsse. Dieser Einwendung stattgebend, hat das O. L. G. den Kläger abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof hingegen hat das erstrichterliche Urtheil, mit welchem gegen Herstellung des Beweises der Beschädigung und der Höhe des Schadens durch den Haupt- und den Schätzungseid des Klägers, das Klagebegehren zugelassen wurde, in der Erwägung bestätigt, daß die Beklagte nicht berechtigt war, eigenmächtig die Räumung der von dem Kläger unrechtmäßig nach der vorgängigen Kündigung des Dienstes fortbenutzten Wohnung zu veranlassen; daß daher der Kläger zur Führung des Beweises der Beschädigung seiner Mobilien zugelassen und vom Ergebniß dieses Beweises die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des durch ihre gesetzwidrige Handlung ihm zugefügten Schadens nach den §§. 19 und 1294 a. b. G. B. abhängig gemacht werden mußte.

Nr. 3246.

Auslegung eines Vertrages.

Entsch. v. 14. Jänner 1869, Nr. 10623 (Best. des Urth. des L. G. Graz v. 22. Mai 1868, Nr. 6487, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz vom 11. August 1868, Nr. 9214). G. Z. 1869, Nr. 21.

A miethete im Hause des B mehrere Localitäten auf 15 Jahre und es wurde im Vertrage festgesetzt, daß, wenn der Vermiether B

während dieser Zeit das Haus veräußern sollte und der neue Besitzer diesen Vertrag für die noch übrige Dauer der Miethzeit sich nicht gefallen lassen wollte, der Bestandnehmer doch erst nach einjähriger Kündigung dem Käufer die Localitäten zu übergeben, der Vermiether B aber in diesem Falle ihm, A, als Entschädigung für seine Miethrechte 1000 fl. zu zahlen habe. Zur Sicherstellung der Rechte des A aus diesem Vertrage wurde auf Grund desselben das Pfandrecht auf das Haus einverleibt. — Als einige Jahre darauf B in Concurs verfiel, bat A um Liquidhaltung seines Miethrechtes bis Ablauf der 15 Jahre, oder bis ein Jahr nach etwa erfolgter Auffündigung durch einen Käufer des Hauses, und für diesen Fall zugleich um Liquidhaltung des Entschädigungsbetrages von 1000 fl. — Der Concursmassevertreter wendete ein, daß nach §. 1121 a. b. G. B. der Miether dem Käufer schon nach der gehörigen Auffündigung bei einer — im Concursverfahren vorauszusehenden — nothwendigen Veräußerung weichen muß, im Miethvertrage aber gar nicht von einer solchen, sondern nur von einem freiwilligen Verkaufe durch B die Rede sei; daher denn auch die Entschädigung nur für einen solchen gelte. — Das Begehren um Liquidhaltung des Miethrechts wurde von beiden Untergerichten verworfen. Die Ersatzforderung per 1000 fl. wurde in erster Instanz bewilligt, in zweiter Instanz ebenfalls abgewiesen, weil im Vertrage nur eine freiwillige Veräußerung des Hauses vorgesehen wurde, der Kläger eine solche, von der sein Entschädigungsrecht bedingt ist, nicht nachgewiesen hat, wenngleich ihm für das Aufgeben seiner Miethrechte nach den §§. 1120 und 1121 a. b. G. B. ein Entschädigungsanspruch im Allgemeinen und gegen ziffermäßige Liquidirung desselben zustehen mag. Die zu seinen Gunsten erwirkte Intabulation der 1000 fl. auf das Haus ist unentscheidend, denn der Bestand des klägerischen Entschädigungsrechtes kann nur aus dem Vertrage erschlossen werden, und durch die Verhypothecirung desselben konnte dieses Recht nur befestigt, aber nicht novirt werden. Endlich ist es auch indifferent, ob der Vermiether B verschuldet oder unverschuldet in Concurs verfallen ist, weil, wie erwähnt, eine nothwendige Veräußerung des Hauses im Vertrage nicht vorgesehen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung. Gründe: Es ist zwar im Vertrage nur der Fall einer freiwilligen, nicht auch einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung des Hauses erwähnt; allein bei der Auslegung eines Vertrages muß auch auf die aus demselben klar hervorgehende Absicht der Paciscenten zurückgesehen werden (§. 914 a. b. G. B.) Wäre es dem Kläger blos darum zu thun gewesen, seine Miethrechte für die 15jährige Zeitdauer gegen die willkürliche Veräußerung des Hauses von Seite des Vermiethers zu sichern, so würde er sich blos die Sicherstellung derselben durch die bücherliche Einverleibung bedungen haben. Offenbar handelte es sich nur darum, dem Kläger überhaupt für den Fall,

als er in Folge der Veräußerung des Hauses und geschehender Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen müßte, einen bestimmten Betrag als Entschädigung zu sichern. Es ist nicht von entscheidendem Belange, daß im Eingange des §. 8 des Vertrages blos von dem zunächst vor Augen gehabten Falle der Veräußerung des Hauses durch den Vermiether selbst Erwähnung geschah. Denn es ist nicht abzusehen, daß dem Miether die vereinbarte Entschädigungssumme für den Entgang der Miethe vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit nur im Falle der freiwilligen Veräußerung des Hauses durch den Vermiether — wogegen der Kläger sein Recht, wie oben bemerkt, in anderer Art wahren konnte — nicht aber auch für den, wenngleich nicht ausdrücklich erwähnten Fall einer nothwendigen gerichtlichen, Veräußerung des Hauses zugesichert sein sollte. Es ist auch im Vertrage nicht gesagt, daß die Entschädigung von 1000 fl. nur für den Fall der vom Vermiether ausgehenden freiwilligen Veräußerung zu gelten habe.

Nr. 3247.

Maschinen als Zugehör eines im Grundbuche nicht als Fabrik bezeichneten Gebäudes.

Entsch. v. 14. Jänner 1869, Nr. 11879 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 10. Jänner 1868, Nr. 120521, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. Mai 1868, Nr. 8001). G. H. 1869, S. 118.

A hatte in seinem Hause eine Oelfabrik, deren Maschinen und Apparate auf Einschreiten seines Gläubigers B als Mobilien gepfändet wurden. Nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des A begehrte nun der Concursmasseverteter mittelst Klage gegen B die Aufhebung der Pfändung, indem er — unter Anbietung des Beweises durch Kunstverständige — das Haus des A als Fabriksgebäude erklärte und für die gepfändeten Maschinen und Apparate die Pertinenzqualität in Anspruch nahm. Auf die Einwendung des Beklagten, daß weder das Haus als „Fabriksgebäude", noch die Maschinen und Apparate als „Pertinenzstücke" im Grundbuch ausgezeichnet seien, hat das Gericht der ersten Instanz die Klage abgewiesen.

In zweiter und dritter Instanz wurde der vom Kläger angebotene Sachbefund zugelassen. In den oberstgerichtlichen Motiven ist gesagt, daß der vom Beklagten eingewendete Mangel grundbücherlicher Auszeichnung nicht als entscheidend angesehen werden kann, weil die Eigenschaft des Hauses als Fabriksgebäude nicht durch die grundbücherliche Bezeichnung als solches, sondern durch die Einrichtung und Verwendung desselben bestimmt wird und ebenso wenig die rechtliche Eigenschaft der Maschinen und Apparate als Zugehör

von der grundbücherlichen Auszeichnung abhängig ist; daß erst nach dem Ergebnisse des zugelassenen Sachverständigenbeweises wird beurtheilt werden können, ob die letztern als bewegliches Vermögen gepfändet werden konnten; daß endlich, wenn von Seite des A gegen deren Pfändung als bewegliche Sachen keine Einsprache erhoben worden ist, dies der dabei interessirten Gesammtheit der Concursgläubiger nicht präjudicirlich sein kann.

Nr. 3248.

Leistung des Eides nach einer von der urtheilsmäßigen abweichenden Formel.

Entsch. v. 14. Jänner 1869, Nr. 18 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Ungarisch-Hradisch v. 20. Oct. 1868, Nr. 5043 und des O. L. G. Brünn v. 17. Nov. 1868, Nr. 13662). G. Z. 1869, Nr. 82.

Gegen die Klage des A pto. Lieferung von 300 Eimer Spiritus erhob der Beklagte B die Einwendung der Incompetenz des als forum contractus angerufenen Gerichts, worauf ihm A den referiblen Haupteid darüber zuschob, daß von ihnen in Bisenz die Lieferung nach Bisenz contrahirt worden sei. Das Gericht erkannte auf den dem Kläger zurückgeschobenen Haupteid nach dieser Formel; der Kläger trat den Haupteid an, begehrte aber in einer späteren Eingabe die Berichtigung der Formel, resp. die Eliminirung der in Bisenz getroffenen Uebereinkunft, weil der Vertragsschluß auf Lieferung nach Bisenz nicht dort erfolgt sei und er somit diesen gleichgiltigen Umstand nicht beschwören könnte.

Auf die Einsprache des B wurde das Gesuch des A von beiden Untergerichten abgewiesen, vom obersten Gerichtshof hingegen bewilligt, weil die nach dem Antrage des A zu streichenden Worte in „Bisenz", welche andeuten, daß das Uebereinkommen dort geschlossen worden, auf die Competenz des als forum contractus angerufenen K. G. nach der Actenlage und dem Gesetze nicht den mindesten Einfluß nehmen, daher nach §. 208 a. G. O. und dem Hofd. vom 12. März 1789 und 29. September 1794, Nr. 986 und 195 der von J. G. S. von amtswegen zu streichen waren, folglich in rechtlicher Beziehung als nicht beigesetzt zu betrachten sind und auch dermalen noch auf Begehren, des A gestrichen werden müssen, um so mehr, als B dadurch in der Hauptsache keinen Nachtheil leidet und der Umstand, daß es sich um einen dem Gegner zurückgeschobenen und von diesem schon angetretenen Eid handelt, der Streichung nichts entgegensteht, indem der Fall des Hofd. v. 17. Juli 1787 J. G. S., Nr. 697, hier nicht eintritt.

Nr. 3249.

Beweis der 40jährigen Ersitzung: Umfang der in den Beweisartikeln zu fordernden Specialisirung.

Entsch. v. 19. Jänner 1869, Nr. 12272 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Rechanitz v. 4. März 1868, Nr. 860 und des O. L. G. Prag v. 22. Juli 1868, Nr. 21248). G. H. 1869, S. 188.

Die auf die 40jährige Ersitzung gegründete Klage der Eigenthümer von 17 Rusticalwirthschaften gegen die Gemeinde B pto. Eigenthums an Grundstücken wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, ohne Zulassung des von den Klägern angebotenen Zeugenbeweises des Usucapionsbesitzes.

Vom obersten Gerichtshof wurde der Zeugenbeweis aus folgenden Gründen zugelassen: Der von den Klägern angetragene Beweis durch acht Zeugen erscheint als ganz geeignet, über die gegner'scherseits geleugnete Ersitzung die zur richterlichen Entscheidung erforderlichen thatsächlichen Aufklärungen zu liefern, indem die Weisartikel bestimmt lauten und auf die wesentlichen Momente der Ersitzung von 40 Jahren gestellt sind, zu welchen die namentliche Anführung aller Besitzvorfahren der Kläger während der gesetzlichen Ersitzungszeit und die Angabe der speciellen Besitzdauer eines jeden dieser Vorbesitzer (wie die Untergerichte meinten, weshalb sie den auf diese Einzelheiten nicht gestellten Zeugenbeweis als irrelevant betrachteten) nach §. 1493 a. b. G. B. nicht gehört, da vielmehr schon die bestimmte in den Weisartikeln aufgenommene Bestätigung genügt, daß die streitigen Grundstücke von den Klägern und ihren Vorgängern in Besitz durch mindestens 40 Jahre ausschließlich, ruhig und ununterbrochen besessen und benützt wurden, und dem Vertreter der beklagten Gemeinde unbenommen bleibt, die Rechte seiner Partei durch die Stellung entsprechender besonderer Fragstücke zu den einzelnen Weisartikeln zu wahren.

Nr. 3250.

Gerichtliche Hinterlegung einer Urkunde von Seite des Verwahrers derselben wegen eines darauf bezüglichen Processes zwischen den Deponenten.

Entsch. v. 19. Jänner 1869, Nr. 97 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 14. Juli 1868, Nr. 38537, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 28. Oct. 1868, Nr. 20798). G. Z. 1869, Nr. 67.

Während die beim L. G. Wien als Abhandlungsgericht eingeleitete Verhandlung über die Frage, wer von den zwei M'schen

Erbansprechern B und C in dem Erbrechtsstreit die Klägerrolle zu übernehmen habe, im Zuge war, überreichte der in Hietzing ansässige A, einverständlich mit C, die von B und C ihm in Verwahrung gegebene, auf die Ansprüche des B an die M'sche Verlassenschaft bezügliche Vergleichsurkunde dem besagten L. G. mit der durch die Erbstreitigkeit zwischen den Deponenten motivirten Bitte, dieselbe vorbehaltlich des Rechtes der Parteien auf Erhebung von Abschriften ad depositum zu nehmen. — Das L. G. verweigerte die Annahme, weil der Erlag der Urkunde bei dem Gerichtsstand des A (Hietzing) zu geschehen habe, ein Rechtsstreit zwischen B und C beim L. G. nicht anhängig und das Vorhandensein besonderer, den Erlag nach §. 1425 a. b. G. B. rechtfertigender Umstände nicht dargethan sei. — Das O. L. G bewilligte das Deponirungsgesuch des A.

Dagegen recurrirte C, welchem inzwischen, nach dem Erlaß der obergerichtlichen Entscheidung, im Erbrechtsstreit die Klägerrolle zugetheilt worden war, und der oberste Gerichtshof hielt die obergerichtliche Verordnung in der Erwägung aufrecht, daß der Verwahrer in der Regel berechtigt ist, sich der weiteren Obsorge zu entledigen und in dem (hier eingetretenen) Fall von der Zurückstellung an die Hinterleger selbst entgegenstehenden Hinderuissen die gerichtliche Verwahrung des hiezu geeigneten Gegenstandes zu veranlassen; daß, nachdem zwischen den Hinterlegern B und C beim L. G. Wien ein Streit anhängig geworden war, in welchem der in der fraglichen Urkunde enthaltene Vergleich zur Sprache kam und das Original derselben im Interesse dieser Parteien dortselbst zur Einsicht erforderlich sein konnte (was sich in der Zwischenzeit, nach dem Protokoll über die Verhandlung: wer als Erbrechtskläger aufzutreten habe, auch wirklich ereignete), für das besagte L. G. kein Grund vorlag, sich zur Ertheilung des im §. 25 der Min.-Vdg. vom 16. November 1850, R. G. Bl. Nr. 448, vorgesehenen Verwahrungsauftrages für incompetent zu halten oder die Hinterlegung beim Wiener Gerichts-Depositenamt als offenbar unzulässig zu erklären, und daß übrigens hier gar nicht zu untersuchen und zu entscheiden war, ob A durch sein Vorgehen seinen Pflichten als Verwahrer gegen die Hinterleger vollkommen gerecht geworden sei oder nicht, indem diese Frage zwischen ihm einer- und dem Deponenten andererseits besonders auszutragen sein würde.

Nr. 3251.

Unzulässigkeit der grundbücherlichen Eintragung eines Urtheils, wenn Rechte für bedingt zugesprochen werden, ohne Nachweisung des Eintrittes der Bedingung.

Entsch. v. 19. Jänner 1869, Nr. 527 (Best. des Decr. des B. G. Hernals v. 3. Oct. 1868, Nr. 2325, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 11. Nov. 1868, Nr. 21319). G. Z. 1869, Nr. 36.

Nr. 3252.

Besitzstörung durch einmalige Benützung eines ledigen Synagogensitzes.

Entsch. v. 20. Jänner 1869, Nr. 386 (Best. des Decr. des B. G. Patzau v. 28. Juli 1868, Nr. 568, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 9. Sept. 1868, Nr. 27118). G. Z. 1869, Nr. 67.

Der Besitzstörungsklage der israelitischen Cultusgemeinde zu Patzau gegen B liegt die Thatsache zum Grund, daß B einen der aus Anlaß des Umbaues der Synagoge neu hergestellten und nicht zur Verpachtung gekommenen Synagogensitze am 29. September 1867 eigenmächtig benutzt hat. — Das O. L. G. hat die Klage, welcher in erster Instanz stattgegeben worden war, abgewiesen; denn — so lauten die Motive — in der Handlungsweise des B könne eine Störung des Besitzes der Gemeinde im Sinne der §§. 339, 345, 346 a. b. G. B. und des §. 2 des Gesetzes über das possess. summariissimum nicht erkannt werden, weil die Thatsache, daß der Beklagte an dem einen Tag während des Gottesdienstes den neben dem von ihm früher innegehabten und damals besetzt gewesenen Sitz Nr. 31 befindlichen Sitz Nr. 32 benutzt hat, an sich weder auf seine Absicht, in den Besitz des letzteren Sitzes sich einzudrängen, diesen Besitz in ein dauerndes Recht zu verwandeln, schließen, noch eine widerrechtliche Entsetzung der Cultusgemeinde aus dem Besitz des zur Zeit frei und unversiegelt gestandenen Synagogensitzes erblicken lasse.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung und bemerkte in seinen Motiven: Da der Beklagte selbst angibt, daß er, als ein Dritter sich des bisher von ihm benützten Sitzes Nr. 31 bediente, sich veranlaßt sah, den Besitz von Nr. 32 zu ergreifen, daß er hiezu berechtigt gewesen sei, und daß nicht verliehene und nicht verpachtete Sitze von Jedermann benützt werden können, wie eben auch andere solche Sitze benützen, so war seine Benützung keineswegs so harmlos, wie das O. L. G. annahm, zumal die Cultusgemeinde aus der Verpachtung der nicht im Eigenthum bestimmter Personen befindlichen Sitze eine Rente zieht, die beim Bestand der Behauptungen des Beklagten und der von ihm allem Anscheine nach angestrebten Neuerung bald wegfallen würde.

Nr. 3253.

Execution auf den Pflichttheil: Zulässigkeit der executiven Einverleibung auf Verlassenschaftsrealitäten; Unzulässigkeit der executiven Sequestration derselben.

Entsch. v. 20. Jänner 1869, Nr. 517 (theilweise Best. des Decr. des H. G. Prag v. 10. August 1868, Nr. 41739, theilweise Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 3. Nov. 1868, Nr. 33670). G. H. 1869, S. 336. Gazz. dei Trib. 1869, Nr. 24.

A, Gläubiger des B, welcher Notherbe des M ist, begehrte: 1. die executive Einverleibung des Pfandrechts auf ein zur Verlassenschaft des M gehöriges Haus, zur Rechtfertigung der auf den Pflichttheilsanspruch des B erwirkten grundbücherlichen Vormerkung; 2. die executive Sequestration der Hauserträgnisse. Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen und wurde ad 1 in den Motiven bemerkt: Da der Pflichttheil seinem inneren Wesen nach und gemäß §§. 729, 775, 776, 1487 a. b. G. B. nur in einem persönlichen Anspruch des Berechtigten gegen den eigentlichen Erben besteht, und nach dem Hofdecr. vom 31. Jänner 1844, J. G. S. Nr. 781 weder eine bewegliche noch eine unbewegliche Sache, sondern nur deren Schätzungswerth, also Bargeld zum Gegenstand hat, folglich ein bloßes Forderungsrecht ist, weßhalb nur dasselbe der Pfändung unterliegen, niemals aber für eine Forderung gegen den Pflichttheilsberechtigten die Einverleibung des Pfandrechts auf eine Nachlaßrealität erwirkt werden kann, so erscheint das ad 1 gestellte Begehren als unzuläßig.

Der oberste Gerichtshof bestätigte ad 1 die erstgerichtliche, ad 2 die obergerichtliche Verordnung. Gründe: Ad 1 stellt sich der erstrichterliche Bescheid als gerechtfertigt dar, weil auch der Pflichttheil die Natur eines Erbtheils hat, der §. 822 a. b. G. B. daher auch auf den Pflichttheil Anwendung findet, übrigens aber die Pränotation der Forderung des A auf den Pflichttheil des B rechtskräftig bewilligt worden ist. Ad 2. Der Revisionsrecurs des A gegen die obergerichtliche Verweigerung der Sequestration wurde verworfen, weil die executive Sequestration von Erbrechten unzuläßig ist und die Sequestration des Erträgnisses der Erbtheile vor der — hier noch nicht erfolgten — Einantwortung der Erbschaft nicht bewilligt werden kann, da diese Erträgnisse, so weit sie bei dem Tod des Erblassers bereits fällig waren, nicht zu dem Nachlaß gehören, und weil zwar nach §. 822 a. b. G. B. das angefallene Erbgut mit Verbot, Pfändung und Vormerkung belegt werden kann, unter diesen Maßregeln aber, die auch nur als Sicherstellungsmittel dienen, die executive Sequestration nicht gemeint ist.

Nr. 3254.

Einflußlosigkeit der venia aetatis auf eine auf die erreichte physische Großjährigkeit lautende letztwillige Verfügung.

Entsch. v. 20. Jänner 1869, Nr. 664 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hietzing v. 8. Oct. 1868, Nr. 1378 und des O. L. G. Wien v. 11. Nov. 1868, Nr. 21765). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 40.

M hat dem B ein Haus vermacht, ihm im Falle des Sterbens vor erreichter Großjährigkeit, für die eine Haushälfte dessen Mutter C, für die andere Hälfte sonstige Verwandte substituirt und bestimmt, daß B erst nach erreichtem 24. Lebensjahr frei über das Haus verfügen dürfe, und daß ihm bis dahin auch nicht das Erträgniß zur freien Disposition überlassen werde, sondern in Betreff des Gebarens mit demselben gewisse beschränkende Anordnungen zu gelten haben. B wurde mit Altersnachsicht großjährig erklärt und contrahirte sodann — vor erreichtem 24. Lebensjahr — ein Darlehen unter Verpfändung des oben erwähnten Hauses und Einwilligung zur Intabulation des Pfandrechts; die C trat seiner Schuldverschreibung als Bürge und Zahlerin bei, und bewilligte die Einverleibung auf ihre Substitutionsrechte. — Als nun der Gläubiger A die Einverleibung, eventuell die Pränotation des Pfandrechts begehrte, wurde er von beiden Untergerichten abgewiesen, weil dem B testamentarisch vor zurückgelegtem 24. Lebensjahr jede freie Verfügung mit dem Hause mithin auch die Verpfändung desselben benommen ist, welche daher ohne rechtliche Wirkung bleiben muß. Der oberste Gerichtshof bestätigte diese abschlägigen Bescheide und bemerkte in den Motiven: für die Dispositionsfähigkeit des B ist das 24. Lebensjahr desselben entscheidend, woran durch die gerichtliche Altersnachsicht nichts geändert werden kann; seine Verpfändung ist daher, ungeachtet der Zustimmung der auf die eine Haushälfte substituirten C, ohne rechtliche Wirkung; und bei dem Umstand, daß laut Testament das Verfügungsrecht des B selbst hinsichtlich des Hauserträgnisses bis zur Vollendung seines 24. Lebensjahres aufgeschoben bleibt, kann sein Recht auch nicht als Gegenstand einer bedingten Pfandrechtseinverleibung angesehen werden.

Nr. 3255.

Anspruch auf Schadenersatz wegen vertragswidriger Mängel des Pachtobjectes: Verjährungsfrist.

Entsch. v. 21. Jänner 1869, Nr. 6761 (Best. des das Urth. des B. G. Sceniawa v. 30. August 1867, Nr. 1501, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 11. März 1868, Nr. 5059). G. H. 1869, S. 79.

B hat im Jahre 1862 eine Pachtung dem A abgetreten und wurde von dem Letzteren am 5. März 1866 auf Schadenersatz aus dem

Grunde belangt, weil er auf dem Pachtgut an Winteraussaat von Weizen und Korn viel weniger zurückgelassen hatte, als von ihm dem A als vorhanden bezeichnet und zugesichert worden war. B vertheidigte sich dagegen mit der Einrede der Triennalverjährung nach §. 1489 a. b. G. B., welche in erster Instanz abgewiesen, von dem O. L. G. zugelassen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz und erklärte in den Motiven, daß B die Triennalverjährung ganz mit Recht nach den §§. 933 und 1489 a. b. G. B. einwenden durfte, indem der dem A durch die Wiederaussaat zugefügte Schade demselben mit dem Ergebnisse der Ernte des Jahres 1862 bekannt sein mußte, seit welchem bis zur Klageanstellung mehr als drei Jahre verstrichen sind.

Nr. 3256.

Erlöschung des Anspruchs auf das Doppelte durch vorbehaltlose Annahme des zurückgestellten einfachen Angeldes.

Entsch. v. 21. Jänner 1869, Nr. 11384 (Best. des das Urth. des B. G. Tarnopol v. 25. April 1868, Nr. 3326, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 7. Juli 1868, Nr. 18286). G. Z. 1870, Nr. 65. G. H. 1869, S. 96.

B verpflichtete sich, dem A 25 Korez Weizen binnen drei Tagen um den Kaufpreis von 6 fl. 50 kr. pr. Korez zu liefern. Beim Vertragsabschlusse übergab A dem B 17 fl. 50 kr. als Angeld; B stellte ihm dasselbe zurück im Betrag von 18 fl. mit der Erklärung, daß er den Vertrag nicht erfüllen wolle noch könne. Nun belangte ihn A auf Zahlung des zur Höhe des doppelten Angeldes noch fehlenden Restbetrages von 17 fl. B wendete ein, daß er den Vertrag nur im Namen seines Schwiegervaters abgeschlossen habe und an dessen Erfüllung durch den Umstand gehindert wurde, daß der Schwiegervater den Weizen bereits einem Dritten verkauft habe, und daß der Kläger unbedingt das einfache Angeld angenommen und dadurch den Beklagten von jeder weiteren Verbindlichkeit befreit habe. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den Beklagten zur Zahlung der 17 fl., weil der Kläger, indem er die 18 fl. annahm, auf den Schadenersatz, welchen das doppelte Angeld vorstellt, nicht verzichtet habe. — Das O. L. G. sprach den Beklagten frei, weil der Vertrag von dem Beklagten ausdrücklich im Namen seines Schwiegervaters abgeschlossen und dessen Nichterfüllung nicht von dem Beklagten verschuldet wurde, daher die wesentliche Bedingung des §. 908 a. b. G. B. zur Ansprechung des doppelten Angeldes mangelt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil, weil, wenn es auch richtig wäre, daß der Beklagte im eigenen Namen

und nicht als Bevollmächtigter seines Schwiegervaters dem Kläger ein Quantum Weizen verkauft und sich verpflichtet habe, den Weizen binnen drei Tagen zu übergeben, der Anspruch des Klägers auf den als doppeltes Angeld eingeklagten Betrag pr. 17 fl. selbst in diesem Falle völlig unbegründet erscheint, da der Kläger ja selbst behauptet, daß ihm der Beklagte das erhaltene einfache Angeld mit der ausdrücklichen Erklärung zurückgestellt habe, daß er ihm den verkauften Weizen weder übergeben wolle noch könne. Wenn daher Kläger ungeachtet dieser ausdrücklichen Erklärung des Beklagten das ihm zurückgestellte Angeld ohne jeden Vorbehalt angenommen hat, so muß im Hinblick auf den §. 863 a. b. G. B., gemäß welchem man seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein verständliche Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären kann, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen, angenommen werden, daß Kläger und Beklagter von dem geschlossenen Kauf- und Verkaufvertrage einverständlich wieder abgegangen sind (§. 920 a. b. G. B.). Diese Annahme ist um so begründeter, als der Beklagte dem Kläger den verkauften Weizen ohne gleichzeitige Bezahlung des bedungenen Kaufpreises zu übergeben gar nicht verpflichtet gewesen wäre. (§. 1062 a. b. G. B.)

Nr. 3257.

Auslegung eines Compromisses.

Entsch. v. 21. Jänner 1869, Nr. 12796 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 14. August 1868, Nr. 68961, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. Oct. 1868, Nr. 20778). G. H. 1869, S. 126.

Der Klage des A, welcher in Folge Aufkündigung aus dem Dienst der süd-norddeutschen Verbindungsbahn getreten war, auf Zahlung einer lebenslänglichen Pension von jährlichen 320 fl. setzte die belangte Bahngesellschaft mit Berufung auf den §. 25 des Pensionsstatutes, wornach die Entscheidung der Streitigkeit dem dort bezeichneten Schiedsgericht zustehe, die Einwendung der Incompetenz des angerufenen Wiener H. G. entgegen, welche in erster Instanz abgewiesen, in zweiter und dritter Instanz zugelassen wurde.

Die Entscheidung des obersten Gerichtshofes ist folgendermaßen begründet: Da nach §. 21 des Pensionsstatutes der mit der Verwaltung des Pensionsfondes betraute Ausschuß auf alle Gesuche um Pensionen und Abfertigungen, und überhaupt auf alle auf Grund des Statutes erhobene Ansprüche dem Verwaltungsrath Anträge zu stellen und der Letztere darüber Beschluß zu fassen hat, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Anspruch des Klägers sowohl in Beziehung

auf die Frage nach seiner Pensions-Berechtigung, als auch bezüglich der davon abhängigen weiteren Fragen des Ausmaßes und Beginnes des Ruhegenusses, sowie der Zahlungsmodalitäten in das Bereich der Antragstellung des Ausschusses und der Beschlußfassung des Verwaltungsrathes fiel. Obgleich nun der §. 25 des Statutes wörtlich nur bestimmt, daß alle über die „Auslegung des Statutes" zwischen den Pensions-„Berechtigten" und dem Ausschuß oder Verwaltungsrath entstehenden Streitigkeiten durch ein . . . Schiedsgericht entschieden werden sollen, so muß der Bestimmung des §. 25 doch auch der Fall der Ablehnung eines Pensionsanspruches von Seite des Verwaltungsrathes unterstellt werden, da auch ein solches Absprechen des Rechtes auf eine Pension nur auf die Bestimmungen des Pensionsstatutes gestützt werden kann, hiermit also nothwendig zwischen dem Beamten und dem Ausschuß oder Verwaltungsrath, welche beide, der Beamte den Anspruch, die Letzteren die Verweigerung der Pension, auf das Statut gründen, das Statut selbst als in seiner Auslegung streitig betrachtet werden muß. Ein entgegengesetzter Schluß kann daraus, daß im §. 25 von Streitigkeiten zwischen Pensions-Berechtigten und dem Ausschuß oder Verwaltungsrath die Rede ist, hier aber der Kläger als pensionsberechtigt nicht anerkannt wird und dem Vorstand der beklagten Bahngesellschaft gegenüber steht, nicht gezogen werden. Denn der Ausdruck „Pensionsberechtigter" im §. 25 kann im Zusammenhang mit den vorausgehenden Bestimmungen, insbesondere mit §. 21 des Statutes wohl nur in dem Sinne verstanden werden, daß dabei überhaupt von Jenen die Rede ist, die auf den Grund des Statutes einen Pensionsanspruch erheben. Jede über dessen Auslegung entstandene Streitigkeit (§. 25) stellt eben die Pensions-Berechtigung ganz oder zum Theil in Frage; es könnte daher bei einer anderen Auffassung des Ausdruckes „Pensionsberechtigter" der §. 25 kaum jemals zur Anwendung kommen, weil dann Jeder, dessen Anspruch vom Verwaltungsrath in Folge einer abweichenden Auslegung des Statutes beanständet wird, von der Möglichkeit, das Schiedsgericht anzurufen, ausgeschlossen wäre. Ebenso wenig wird die Competenz des Schiedsgerichtes dadurch beseitigt, daß hier die Klage gegen die Bahngesellschaft gerichtet ist; denn was nach §. 25 des Statutes von der Gegnerschaft des Verwaltungsrathes als des in seinem Wirkungskreis fungirenden Organes der Bahngesellschaft gilt, muß auch von der Letzteren selbst gelten. Der Gegenstand des Streites endlich: der vom Kläger auf Grund des Statutes erhobene, vom Verwaltungsrath jedoch nicht zugestandene Pensionsanspruch fällt unzweifelhaft unter die Bestimmung des §. 25, und zwar auch dann, wenn es sich wirklich um die Frage handeln sollte, ob der Kläger selbst die ihm gegebene Dienstkündigung verschuldet habe, weil die Frage, ob ihm bei der in Mitte liegenden Kündigung nach dem Statut ein Pensionsanspruch gebühre, laut §. 21 eben in das Bereich der Beurtheilung und Beschlußfassung

des Verwaltungsrathes fällt, und weil die weitere Frage, ob den Kläger an seiner Dienstentlassung ein Verschulden treffe, an und für sich nicht der Gegenstand eines abgesonderten, von dem Klagebegehren auf Zahlung der Pension getrennten Verfahrens vor dem zur Entscheidung über den Pensionsanspruch nicht competenten ordentlichen Gericht sein kann.

Nr. 3258.

Unzulässigkeit der sofortigen Zurückweisung einer zwar verspäteten, aber vor dem Ansuchen der Execution eingebrachten Appellationsanmeldung.

Entsch. v. 21. Jänner 1869, Nr. 277 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Przeworsk v. 12. Februar 1868, Nr. 288 und des O. L. G. Krakau v. 22. Juli 1868, Nr. 7719). G. H. 1869, S. 127.

Nachdem beide Untergerichte die verspätete Appellationsanmeldung des Klägers A gegen ein Urtheil a limine zurückgewiesen hatten, wurde auf dessen Recurs vom obersten Gerichtshof die aufrechte Verbescheidung derselben aufgetragen, weil die verspätete Appellationsanmeldung nach §. 334 westg. G. O. nur dann von amtswegen zu verwerfen gewesen wäre, wenn der Gegner bereits die Execution angesucht oder die Verspätung ausdrücklich gerügt hätte, keiner von diesen Fällen aber hier eingetreten ist.

Nr. 3259.

Unzulässigkeit des Mandatsverfahrens bei Klagen auf Uebergabe eines Grundstückes.

Entsch. v. 21. Jänner 1869, Nr. 278 (Best. des das Decr. des B. G. Chrzanów v. 9. Juni 1868, Nr. 3132, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau v. 14. August 1868, Nr. 11689). G. H. 1869, S. 90.

M hat laut notariellem Instrument den Eheleuten A ein Grundstück abgetreten und nach Art. 3 der Urkunde auch in den Besitz gegeben. Nach dem Tod des M belangten die genannten Eheleute den M'schen Erben B mit der Mandatsklage auf Grund des intabulirten notariellen Instrumentes, indem sie die Erlassung des Auftrages an B zur Uebergabe des Grundstückes begehrten, welche nach ihrer Anführung (trotz Art. 3 der Urkunde) nicht erfolgt war.

Der oberste Gerichtshof versagte, in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz, die Erlassung des begehrten Auftrages, weil nur Klagen auf eine Geldforderung oder auf Erfüllung einer anderen per-

sönlichen Verbindlichkeit zum Mandatsverfahren geeignet sind, ein solcher Fall aber hier nicht vorliegt, da die Klage auf Uebergabe einer unbeweglichen Sache gerichtet ist, und M eine Verpflichtung zur Uebergabe des Grundstückes in einer bestimmten Zeit nach Inhalt der notariellen Urkunde nicht eingegangen ist, sondern laut Art. 3 derselben die Kläger das Grundstück sofort übernommen haben.

Nr. 3260.

Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch einen Vater, dem die Vermögensverwaltung abgenommen ist: Recursrecht des Curators.

Entsch. v. 26. Jänner 1869, Nr. 528 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 24. Oct. 1868, Nr. 51718 und des O. L. G. Wien v. 2. Dec. 1868, Nr. 23305). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 27 und 39.

Dem A war durch gerichtliche Verfügung die Verwaltung des Vermögens seines mj. Sohnes B abgenommen und dem Letztern für alle Vermögensangelegenheiten in der Person des C ein Curator bestellt worden. Nach zurückgelegtem 20. Lebensjahr gestattete A dem B die Führung einer eigenen Haushaltung und gestützt auf die darin liegende Entlassung des B aus der väterlichen Gewalt (§. 174 a. b. G. B.), begehrten Beide die Aufhebung der Vermögenscuratel, welche trotz der wichtigen Bedenken des darüber gehörten Curators C vom Gerichte erster Instanz mit dem Auftrage an C zur Uebergabe des Vermögens an B, aufgehoben wurde. — Den von C dagegen ergriffenen Recurs hat das O. L. G. aus dem formellen Grund der fehlenden Legitimation des C zur Ergreifung des Rechtsmittels und meritorisch auf Grund des §. 174 a. b. G. B. abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof hingegen entschied auf Abweisung des Gesuchs um Aufhebung der Curatel mit dem Vorbehalt für A und B, das Begehren unter Darstellung der Gründe, welche die Einräumung der freien Vermögensverwaltung an B als zweckmäßig und zulässig erscheinen lassen, und der Umstände und Beweise, woraus die Ueberzeugung der Fähigkeit des B zur eigenen Vermögensverwaltung genommen wurde, zu erneuern, worauf die erste Instanz neuen Beschluß zu fassen haben werde. Gründe: Wenn das O. L. G. dem C das Recursrecht abgesprochen hat, wurde es von einer unrichtigen Auffassung der Gesetze geleitet, da nach den §§. 178 und 268 a. b. G. B. der Vermögenscurator zweifellos berechtigt, sogar verpflichtet ist, die Hilfe des höheren Gerichtes anzurufen, wenn er das Beste des Curanden durch die Auflassung der Curatel und Hinausgabe des Vermögens an denselben für gefährdet hält. — In merito: Dem Vater

steht nach §. 174 a. b. G. B. allerdings das Recht zu, seinem 20jährigen Sohne die Führung eines eigenen Haushalts zu gestatten, und diese Gestattung begründet den Austritt aus der väterlichen Gewalt, ohne daß hiezu die richterliche Genehmhaltung nothwendig ist. Allein die erwähnte Befugniß kann, da die Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt auch dessen Eigenberechtigung zur freien Vermögensverwaltung mit sich bringt, nur in der Voraussetzung als dem Vater zustehend erkannt werden, daß sich derselbe im Vollbesitz der väterlichen Gewalt befindet, welche nach §. 148 a. b. G. B. die Obsorge über die Person, und nach §. 149 a. b. G. B. das Recht und die Pflicht zur Verwaltung des Vermögens des Kindes in sich faßt. Diese Voraussetzung tritt aber hier nicht ein, und die begehrte Aufhebung der Vermögenscuratel des B muß daher wie die im §. 252 a. b. G. B. normirte Ertheilung der Altersnachsicht behandelt werden, als welche sie gleich der im §. 174 ebendort vorgesehenen ausdrücklichen Entlassung aus der väterlichen Gewalt der Genehmhaltung des Gerichtes bedarf, die hinwieder von der über die Befähigung des Minderjährigen zur eigenen Vermögensverwaltung gewonnen Ueberzeugung des Richters abhängt. Da nun diese Ueberzeugung nach den damaligen Vorlagen nicht gewonnen werden kann und die Aeußerung des Curators vielmehr wesentliche Bedenken gegen die Fähigkeit des B zur Vermögensverwaltung anregt, so mußte die von den Untergerichten verfügte Aufhebung der Vermögenscuratel als voreilig erkannt, deshalb aufgehoben und das darauf gestellte Begehren zur Zeit, mit dem obenangeführten Vorbehalt, abgewiesen werden.

Nr. 3261.

Zulässigkeit der Execution zur Sicherstellung durch Pfändung, Schätzung und Sequestration des für dieselbe Forderung bereits verpfändeten Gutes.

Entsch. v 26. Jänner 1869, Nr. 542 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 7. Dec. 1868, Nr. 112213, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 23. Dec. 1868, Nr. 21930). G. Z. 1870, Nr. 66. G. H. 1869, S. 109.

A begehrte gegen B zur Sicherstellung einer Wechselforderung die Einverleibung des executiven Pfandrechtes bei der für diese Forderung auf dem Gute des B bereits erwirkten Vormerkung und die executive Sequestration dieser Realität. — Die erste Instanz hat das Gesuch abgewiesen, weil die Forderung auf dem Gute bereits bücherlich sichergestellt und die Unzulänglichkeit dieses Pfandes nicht nachgewiesen sei. — Von dem O. L. G. wurde dem Begehren stattgegeben, da es sich vorliegend um die Execution zur Sicherstellung nach §. 8

der Just.-Min.-Verordn. vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52 handelt und nach den §§. 4 und 5 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, im Executionswege zur Sicherstellung die Pfändung und Sequestration einer bereits mit dem Pfandrechte für dieselbe Forderung behafteten Realität allerdings bewilligt werden kann und der Nachweis der Unzulänglichkeit des Pfandes entfällt, indem eben dasselbe und nicht ein anderes Vermögen des Beklagten in Execution gezogen werden soll, endlich der Umstand, daß Kläger schon ein Pfand besitzt, nach dem cit. §. 4 der Bewilligung der Sequestration dieses letzteren nicht im Wege steht. — Dagegen ergriff B den Revisionsrecurs, worin er ausführte, daß der Kläger nach §. 7 der kaiserlichen Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl., Nr. 95, die Schätzung, und wenn nach dieser das Pfand sich als ungenügend zeigt, die Pfändung und Schätzung anderer Vermögensobjecte des Schuldners verlangen könne; daß jedoch die Execution zur Sicherstellung auf ein bereits verpfändetes Object unzulässig sei, indem dieselbe dem Kläger keine mehrere Sicherheit gewährt, den Beklagten aber unnützerweise beschwert; daß der §. 4 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859 blos bestimme, daß die Unzulänglichkeit des Pfandes entweder durch Schätzung oder in anderer Weise glaubwürdig dargethan werden könne; daß bei der Sequestration aber der Beweis der Unzulänglichkeit des Pfandes allerdings nöthig sei, da das Pfandrecht sich nach §. 457 a. b. G. B. nur auf die noch nicht abgesonderten und bezogenen Früchte erstrecke.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Erledigung mit Hinweisung auf deren Begründung und weil nach §. 4 der Just.-Minist.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl., Nr. 130 die Execution zur Sicherstellung auf das Vermögen des Beklagten durch Pfändung und Schätzung oder Sequestration der gepfändeten beweglichen und unbeweglichen Sachen geführt und weder aus dieser noch aus der Bestimmung des §. 7 der kaiserl. Verordn. vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95 gefolgert werden kann, daß diese Acte der Execution zur Sicherstellung rücksichtlich eines Vermögensobjectes des Beklagten, welches dem Kläger schon früher als Pfand bestellt war, oder auf welches er das Pfandrecht durch Vormerkung erwirkt hat, unzulässig seien; weil ferners, was die Bewilligung der Sequestration betrifft, diese sowohl in der Bestimmung des §. 457 a. b. G. B., nach welcher das Pfandrecht sich auf die noch nicht abgesonderten oder bezogenen Früchte der verpfändeten Sachen erstreckt, als auch in der ausdrücklichen Bestimmung des §. 4 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, nach welcher die dort bezeichneten Arten der Execution zur Sicherstellung, nämlich Pfändung und Schätzung oder Sequestration auch gleichzeitig stattfinden, begründet erscheint.

Nr. 3262.

Zuständigkeit der Personalinstanz des Gatten zur Entscheidung über dessen gegen die geschiedene Ehegattin gerichtetes Gesuch auf Herausgabe der Kinder.

Entsch. v. 26. Jänner 1869, Nr. 663 (Best. des Decr. B. G. Hietzing vom 4. Nov. 1868, Nr. 2439, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Nov. 1868, Nr. 22926). G. H. 1869, S. 276.

Das von A beim B. G. Hietzing als seinem persönlichen Gerichtsstand angebrachte Gesuch gegen seine gerichtlich geschiedene, in Wien wohnhafte Ehefrau B wegen sofortiger Herausgabe seines minderjährigen, bei der letztern befindlichen Kindes wurde von dem angerufenen Gerichte aufrecht zur Verhandlung nach §. 142 a. b. G. B. verbeschieden. Das O. L. G. verordnete hingegen die Zurückstellung des Gesuches mit Verweisung auf den §. 19 J. N. („Der Gerichtsstand... gerichtlich geschiedener Ehegattinnen richtet sich nach ihrem eigenen Wohnsitz"), weil das Begehren des A gegen die Mutter des Kindes, dessen Herausgabe angestrebt wird, gerichtet ist und naturgemäß gerichtet sein mußte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil das auf Grund des §. 142 a. b. G. B. gestellte Begehren des A nicht Gegenstand eines zwischen den beiden Ehegatten abzuführenden Rechtsstreites, sondern der Gegenstand amtlicher Untersuchung und Verfügung desjenigen Gerichtes ist, welchem die Gerichtsbarkeit über das minderjährige Kind als Vormundschafts-, resp. bei Lebzeiten des ehelichen Vaters, als Curatelgericht zusteht, dieses Gericht aber vermöge des Wohnsitzes des Vaters nach §§. 20 und 83 J. N. das B. G. Hietzing ist.

Nr. 3263.

Verabredung des Verkäufers mit dem Käufer über Aufrechterhaltung der Miethverträge: Verpflichtung zur „pünktlichen" Zahlung des Miethzinses.

Entsch v. 26. Jänner 1869, Nr. 822 (Best. des das Urth. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 7. Dec. 1868, Nr. 37364, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 24. Dec. 1868, Nr. 24479). G. Z. 1869, Nr. 28.

A, welchem B und C im Jahre 1868 die in ihrem Hause vermietheten Localitäten halbjährig gekündet hatten, bestritt die Giltigkeit der Aufkündigung, weil der frühere Besitzer des Hauses, D, welcher dem A die Vertretung leistet, ihm die Localitäten bis Ende October 1871 in Bestand gegeben, und B und C beim Kaufe des Hauses sich

dem D, welcher als sein, des A, negotiorum gestor in dieser Beziehung dabei einschritt, zur Einhaltung des Vertrages bis Ende October 1871 verpflichtet haben. B und C gaben Letzteres zu, brachten aber den Kaufvertrag bei, worin im §. 10 diese Verpflichtung enthalten, jedoch an die Bedingung geknüpft war, daß A den Miethzins pünktlich am 1. Mai und 1. November jeden Jahres bezahle. Dieses habe er aber nicht gethan, da er die zuletzt fällige Rate nicht am 1. November 1868 (Allerheiligentag), sondern am 2. gezahlt habe; sie seien daher schon deshalb an obige Verpflichtung nicht mehr gebunden, welche sie auch nur dem Verkäufer D gegenüber eingegangen waren, während zwischen ihnen und dem A nur ein gewöhnlicher, durch Aufkündung lösbarer Miethvertrag bestand. — Die erste Instanz erklärte die Aufkündung für ungiltig. — Von dem O. L. G. wurde dieselbe aufrecht erhalten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil. Gründe: In der vorliegenden Rechtssache ist es nach §. 1120 a. b. G. B. klar, daß B und C als Käufer des Hauses an und für sich an den vom Verkäufer D mit A geschlossenen Bestandvertrag nicht gebunden sind, und daß daher A sich die Aufkündigung gefallen lassen mußte, wenn nicht — wie er behauptet — B und C seinen Vertrag mit D auch für sich giltig anerkannt haben. Diesfalls haben sie nun bei dem Kaufe des Hauses im §. 10 des Vertrages sich verpflichtet, dem A die fraglichen Localitäten noch bis Ende October 1871 um den bisherigen Zins zu belassen. Es ist klar, daß D diese Vertragsbestimmung im Interesse des A, so wie in seinem eigenen forderte, da er möglicherweise dem A verantwortlich werden konnte, und da er demselben in diesem Rechtsstreite die Vertretung leistet und somit der Bestreitung der Aufkündigung beitritt, so kann allerdings A auf die Anordnung des erwähnten §. 10 gegen B und C sich berufen. In diesem Falle muß er jedoch auch die Bedingung dieses §. 10, daß der Zins stets am 1. Mai und 1. November jeden Jahres pünktlich gezahlt werde, sich gefallen lassen, weil er die Fortdauer seines Miethrechtes eben nur auf die von B und C in diesem §. 10 übernommene Verbindlichkeit gründen kann. Nun ist von ihm zugestanden, daß er den letzten fälligen Miethzins erst am 2., und nicht schon am 1. November 1868 berichtigt hat, und die Gegner halten sich deshalb zur Aufkündigung berechtigt, da der §. 902 a. b. G. B. festsetzt, daß Verträge zu der Zeit vollzogen werden müssen, wie es die Parteien verabredet haben, ohne Sonn- und Feiertage auszunehmen. Weil nun im §. 10 des erwähnten Vertrages B und C die von D mit A geschlossene Miethe nur unter der Bedingung auch für sie als bindend erkannt haben, wenn der Zins pünktlich am 1. Mai und 1. November (nicht etwa zur Mai- und November-Zinszeit) jeden Jahres entrichtet werde, und dem A bekannt sein mußte, daß der erste November stets ein Feiertag ist, so hätte er den vertragsmäßigen Zinszahlungstag —

1. November 1868 genau einhalten, daher sich nicht begnügen sollen, blos beim Hausbesorger sich zu erkundigen, wo der Zins zu entrichten sei, und da er diese Entrichtung am 1. November 1868 unterließ, so waren B und C an die Bestimmung des §. 10 nicht mehr gebunden und mußte daher das ihrer Aufkündigung stattgebende obergerichtliche Erkenntniß bestätiget werden.

Nr. 3264.

Zeitliche Grenzen der Wirksamkeit der Gesetze: Vertheilung des Nachlasses nach den zur Zeit der Einantwortung geltenden Gesetzen.

Entsch. v. 28. Jänner 1869, Nr. 8158 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Krzeszowice v. 31. Mai 1867, Nr. 771 und des O. L. G. Krakau v. 19. Februar 1868, Nr. 18999). G. Z. 1870, Nr. 60.

Der Nachlaß des im Jahre 1839 verstorbenen Bauers M wurde im Jahre 1865 auf Grund des Art. 745 Code Napoléon eingeantwortet und die zum Nachlasse gehörige, im Krakauer Gebiet belegene Rusticalwirthschaft seinen Kindern ungetheilt zugewiesen. Eines derselben belangte nun seinen Bruder, der sich im Besitze der Rusticalwirthschaft befindet, auf Aufhebung des Miteigenthums; der Belangte stützte sich auf die Bauernerbfolge, der zufolge ihm als dem ältesten Sohne des Erblassers die Grundwirthschaft im Ganzen gebühre. — Auf diese Einwendung stützte die zweite Instanz die Abweisung des auch in erster Instanz zurückgewiesenen Klagebegehrens, weil mit der Ministerialverordnung vom 2. November 1855, R. G. Bl. 1856, Nr. 1, die in Galizien geltenden gesetzlichen Ausnahmsbestimmungen über die Bauernerbfolge im gewesenen Krakauer Freistaate als vom 29. September 1855 geltend eingeführt wurden, und nach diesen Bestimmungen, bei Erbtheilungen unter mehreren Kindern, die Rusticalwirthschaft immer dem ältesten Sohne gegen Auszahlung der Erbtheile zuzuweisen ist. Da nun der Nachlaß des M erst im Jahre 1865 eingeantwortet wurde, so erlangte der Kläger blos den Anspruch auf den Werth der Realität im Baren und nicht auf die Substanz, daher auch ihm die Berechtigung abgeht, die Aufhebung des Miteigenthums nach §. 830 a. b. G. B. zu begehren. — In der Revisionsschrift wurde bezüglich dieser Einwendung angeführt, daß die Gesetze nicht zurückwirken, daß daher die seit dem 29. September 1855 im Krakauer Gebiete geltende Bauernerbfolge bei den Abhandlungen des Nachlaßvermögens früher verstorbener Personen keine Anwendung haben könne, und deshalb von der ersten Instanz bei Erlassung des bereits rechtskräftigen Einantwortungsdecretes auch nicht angewendet wurde.

Der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers mit nachfolgender Motivirung: Der Nachlaß des am 22. Februar 1839 verstorbenen M wurde im Jahre 1865 eingeantwortet, als das Patent vom 2. November 1855, R. G. Bl. Nr. 1, bezüglich der Erbfolge in Bauerngütern im Gebiete von Krakau in Wirksamkeit war. Wenn also auch in dem Einantwortungsdecrete nicht ausgesprochen wurde, wem die Nachlaßrealität zuzufallen habe, so müssen bei Vertheilung des Nachlasses die bei der Erbfolge in Bauerngütern geltenden Vorschriften beobachtet werden, so daß der Grund dem ältesten Sohne zuzufallen hat und eine Vertheilung der Liegenschaft unter die einzelnen Theilnehmer an der Erbschaft unzulässig ist.

Nr. 3265.

Unanfechtbarkeit der Schenkung eines Verstorbenen durch seine ehelichen Kinder wegen Verkürzung ihres Unterhalts; Unanfechtbarkeit einer solchen Schenkung wegen Verkürzung des Pflichttheils im Falle der Ueberschuldung des Geschenkgebers zur Zeit der Schenkung.

Entsch. v. 28. Jänner 1869, Nr. 12361 (Best. des das Urth. des B. G. Salzburg v. 1. Sept. 1868, Nr. 5081, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. Oct. 1868, Nr. 18954). G. Z. 1869, Nr. 63.

Auf Grund einer Urkunde, worin die M für sich und ihre Erben der A schenkungsweise die Zahlung jährlicher 48 fl. als Alimente versprochen und ihr zur Sicherstellung das (auch wirklich eingetragene) Pfandrecht an einer Liegenschaft bestellt hatte, wurden von ihr B und C als Besitzer der Liegenschaft und als Erben der inzwischen verstorbenen M wegen Zahlung der nach ihrem Tode fällig gewordenen Alimente belangt, und vertheidigten sich damit, daß sie die Giltigkeit der Schenkung nach §. 950 a. b. G. B. wegen des ihnen, als Kindern der Erblasserin, verkümmerten Unterhaltes und nach §. 951 a. b. G. B. wegen Verkürzung des Pflichttheiles bestritten. — Das Gericht erster Instanz, der letzteren Einwendung stattgebend, verwarf das Klagebegehren. — Das O. L. G. erkannte nach demselben aus folgenden Gründen: Die Einwendung der Beklagten, daß die von der M eingegangene Verpflichtung ihnen gegenüber nach §. 950 a. b. G. B. deßhalb nichtig sei, weil ihr dadurch die Erfüllung ihrer Pflicht zum Unterhalt der Beklagten unmöglich geworden wäre, ist unstatthaft; denn die letzteren haben ihr allenfallsiges Recht auf Ergänzung des ihnen gebührenden Unterhalts bei Lebzeit der M gegen die Geschenknehmerin nicht geltend gemacht; gegen die Verlassenschaft der M aber steht ihnen ein Anspruch auf den Unterhalt nicht zu, da den ehelichen

Kindern ein solcher vom Gesetz nirgends eingeräumt ist, sondern vielmehr nur das gesetzliche Erb- oder das Pflichttheilsrecht gebührt. Sie können aber auch nicht von dem Zurückforderungsrechte nach §. 951 a. b. G. B. als Notherben der M Gebrauch machen. Denn diesen Anspruch räumt das Gesetz den Notherben nur zum Behufe der Ergänzung des nach dem Vermögensstand zur Zeit der Schenkung ihnen gebührenden Pflichttheiles, nicht aber etwa zum Vortheil der Nachlaßgläubiger ein, welche schon durch das nach §. 953 ihnen zustehende Befugniß geschützt sind. Wo also der Vermögensstand zur Zeit der Schenkung ein solcher war, daß ein Pflichttheil für die Notherben überhaupt nicht entfiel, kann auch von ihrem Rechte der Zurückforderung des Geschenkten zur Ergänzung des Pflichttheiles keine Rede sein. Dieser Fall trat aber hier eben ein, weil nach der Anführung der Beklagten zur Zeit der Ausstellung der Schenkungsurkunde das Activvermögen der M von den schon damals bestandenen Passiven um wenigstens 3691 fl. überboten wurde, somit auch nach dem damaligen Vermögensstand ein Pflichttheil für die Beklagten nicht entfallen wäre (§. 784 und 785 a. b. G. B.). Das Recht der Klägerin auf Zahlung der Alimente könnte daher etwa nur von einem zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden gewesenen Gläubiger der M angefochten werden, nicht aber von den Beklagten als Erben, resp. Pflichttheilsnehmern.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus den Gründen derselben.

Nr. 3266.

Vermächtniß eines Behältnisses „sammt Inhalt": Manifestationseid über den Inhalt.

Entsch. v. 28. Jänner 1869, Nr. 12437 (Best. des das Urth. des B. G. Gmunden v. 20. Mai 1868, Nr. 1391¦, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 3. Sept. 1868, Nr. 16499). G. Z. 1869, Nr. 63.

Die A, welcher ihre uneheliche Mutter M in ihrem schriftlichen Testament mehrere Mobilien, insbesondere „einen Comodekasten sammt Inhalt", einen Steh- und einen Gläserkasten „sammt Inhalt" vermacht hatte, belangte den B, Ehemann und testamentarischen Universalerben der M, auf eidliche Manifestation des beim Tode der M vorhanden gewesenen Inhaltes der besagten drei Kästen. Der Beklagte gab zu, bis zum Tode der Erblasserin mit ihr in gemeinschaftlicher Haushaltung gewohnt, nach ihrem Ableben die Schlüssel zu sich genommen und ungehinderten Zutritt zu allen Nachlaßgegenständen gehabt zu haben, stellte aber alle sonstigen Umstände in Abrede, aus

welchen die A zur Begründung der Klage die Wahrscheinlichkeit einer Verschleppung von Sachen der Verlassenschaft und der Kenntniß des Beklagten hievon ableitete, und da es der Klägerin vorzugsweise auf die Geldbarschaft ankam, die nach ihrer Anführung in einem, die vom Beklagten zugestandene Summe von nur 6 fl. 97 kr. weit übersteigenden Betrage, in den ihr vermachten Kästen aufbewahrt gewesen sein soll, so bestritt B, um die Klage zu entkräften, insbesondere die von der A nach §. 677 a. b. G. B. dem Legat gegebene Auslegung, indem er durch den Schreiber des Testamentes und den Arzt der M (welche aber nicht Testamentszeugen sind) in Verbindung mit seinem Erfüllungseid sich zu beweisen erbot, daß die M zum Testamentsschreiber gelegentlich der Verfassung des letzten Willens, zum Arzt bei einem anderen Anlaß die bestimmte Aeußerung gethan habe, daß alles vorhandene Geld ihrem Manne, dem Beklagten gehöre und gehören soll, und daß die A das Sparcassebüchel, Schmuck und Kleider (die eben in den vermachten Kästen aufbewahrt wurden), erhalten soll. Die Aussagen dieser Zeugen entsprachen der Anführung des Beklagten; der Schreiber des Testamentes gab insbesondere an, daß er auf die Erklärung der M, wonach die A das Sparcassebüchel, Schmuck und Kleider, B das baare Geld erhalten sollte, gesagt habe: So schreiben wir „Stehkasten sammt Inhalt", um nicht alle Kleidungsstücke specificiren zu müssen; von den gleichfalls verhörten drei Testamentszeugen aber vermochte keiner zu bestätigen, daß die M während der Aufschreibung des Testamentes oder nach dessen Vorlesung erklärt habe, daß alles vorhandene Geld unbedingt ihrem Gatten gehören soll. — Die erste Instanz erkannte gegen das Klagebegehren, das O. L. G. nach demselben.

In Erwägung, daß nach dem eigenen Zugeständnisse des Beklagten über die Gepflogenheit der Erblasserin bei der Aufbewahrung ihres Eigenthumes und über die Zugänglichkeit ihrer Kästen für denselben seit ihrem Tode und nach der von der Klägerin beigebrachten Bescheinigung die Besorgniß sich als gegründet darstellt, daß der Beklagte unter dem Einfluß abweichender Rechtsanschauungen, über deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit hier noch nicht ein Spruch gefällt werden kann, bei der Todfallsaufnahme und Errichtung des Inventars dasjenige, was die M in den genannten drei Kästen zur Zeit ihres Ablebens in Verwahrung hatte, nicht vollständig angegeben habe, und daß demnach das Klagebegehren gerechtfertigt erscheint, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz bestätigt.

Nr. 3267.

Vertragsabschluß mit einem Contrahenten, der zugleich im Namen eines Andern ohne Auftrag contrahirt: Ungiltigkeit des ganzen Vertrages in Ermangelung der nachträglichen Genehmigung.

Entsch. v. 3. Februar 1869, Nr. 12771 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Mirowitz v. 4. März 1868, Nr. 915 und des O. L. G. Prag v. 9. Sept. 1868, Nr. 22889). G. Z. 1871, Nr. 103. G. H. 1869, S. 139.

Die Klage des A gegen die Eheleute B und C pcto. Zahlung eines Immobilienkaufschillings war auf den von B im eigenen Namen und für seine Frau C — ohne besondere Vollmacht der Letzteren — mit A geschlossenen Kaufvertrag gegründet und dadurch veranlaßt, daß die Beklagten die Uebernahme der gekauften Liegenschaft und die Zahlung des Kaufgeldes mit der Erklärung verweigerten, daß der Kläger in dem Vertrage einige der C mißliebige Bestimmungen aufgenommen habe. Beklagterseits wurde die von der C versagte Anerkennung des Kaufgeschäftes und deshalb die Unwirksamkeit desselben eingewendet, worauf der Kläger mittelst des der Beklagten C deferirten Haupteides den Beweis anbot, daß sie nachträglich ihre Einwilligung zu dem Vertrage erklärt habe. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B unbedingt, die C unter der Bedingung der Herstellung des Eidbeweises, zur Zahlung. — Ebenso das O. L. G.

Der oberste Gerichtshof machte die Zahlungspflicht beider Beklagten von der »Herstellung des erwähnten Beweises abhängig. Gründe: Wird der Beitritt der C zum Vertrage nicht bewiesen, so liegt überhaupt kein Kaufvertrag als erwiesen vor, da Niemand behauptet, daß B für sich allein die Liegenschaft kaufen wollte, und der Kläger nur einen mit B und C geschlossenen Kauf anführt. Die Verabredung mit dem B ohne Beisein der C konnte daher zu einem wirklichen Vertrage nur dann werden, wenn die C derselben beigetreten ist, weil B aus dem Gesetze ohne besonderes Mandat (§. 1008 a. b. G. B.) nicht befugt war, für seine Frau abzuschließen, und der Kläger nicht behauptet hat, daß die C dem B dieses Mandat gegeben hätte. Ohne Beweis des Beitrittes der C kann also, da ein Vertrag nicht vorläge, auch nicht B zur Zahlung des Kaufgeldes angehalten werden.

Nr. 3268.

Rei vindicatio gegen eine Concursmasse: Specialisirung der Erwerbstitel.

Entsch. v. 3. Februar 1869, Nr. 321 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Neutitschein v. 28. Juni 1868, Nr. 2995 und des O. L. G. Brünn v. 10. Nov. 1868, Nr. 13123). G. H. 1869, S. 121.

A vindicirte von der Concursmasse des B das Eigenthum von Mobilien, die in das Concursinventar einbezogen worden waren, mit der Anführung, dieselben erworben und im Besitze gehabt zu haben, bevor noch der Cridar das Haus, welches nebst diesen und anderen Mobilien in die Masse gezogen wurde, von ihm, Kläger, erworben hatte. — Beide Untergerichte haben die Klage abgewiesen, vornehmlich weil A die Erwerbstitel, d. i. die Rechtsgeschäfte, durch welche er die vindicirten Sachen an sich gebracht hätte, nicht specialisirte.

Der oberste Gerichtshof erkannte aus folgenden Gründen nach dem Klagebegehren: Nach den vom Vertreter der beklagten Concursmasse ausdrücklich für wahr anerkannten Anführungen des Klägers hat derselbe, noch ehe der Cridar das ihm und seiner Ehefrau von dem Kläger verkaufte Haus bezog, alle in der Klage bezeichneten und in das Concursinventar aufgenommenen Sachen besessen und deren Besitz niemals aufgegeben; er hat diesen Besitz auf die bei den einzelnen Posten angegebene Art erlangt, insbesondere die Sachen Nr. . . . . bei verschiedenen Gewerbsleuten machen lassen, Nr. . . . von seiner Schwiegermutter C geerbt, die 4 Metzen Kartoffeln Nr. . . . im Jahre 1867 auf dem von ihm gepachteten Grundstück geerntet, den Strohsack Nr. . . . selbst sich verfertigt, die Radscheibe Nr. . . . vom Grundbesitzer D zum Geschenk erhalten, die Gegenstände Nr. . . . gekauft und die Sachen Nr. . . . theils geerbt, theils gekauft, theils geerntet und theils anfertigen lassen. Wenn auch der Kläger einen Theil dieser Erwerbstitel nicht mit specieller Anführung der einzelnen, darauf sich beziehenden Umstände, sondern nur mit genereller Angabe des Rechtsgeschäftes bezeichnet hat, so sind auch diese Anführungen genügend, um die Annahme eines giltigen Titels und der echten Art, auf welche der Kläger zu dem Besitz der Sachen gekommen ist, zu begründen, wogegen vom Concursmassevertreter nicht einmal behauptet wurde, daß der Cridar das Eigenthum derselben erworben, den Besitz dieser Sachen je erlangt und daß er sich zur Zeit der Concurseröffnung in deren Besitz befunden habe. Der Anspruch des Klägers, welcher Titel, Erwerbungsart und den letzten factischen Besitz für sich hat, erscheint daher der Concursmasse gegenüber, deren Vertreter, ohne Titel, Erwerbungsart und Besitz auf Seite des Cridars zu behaupten, dennoch durch die Aufnahme der Effecten im Concursinventar Besitz und Eigenthum daran geltend machen will, nach §. 372 a. b. G. B. wohl begründet.

Nr. 3269.

Compensation der Proceßkosten.

Entsch. v. 3. Februar 1869, Nr. 633 (Best. des Decr. des B. G. Krzeszowice v. 9. Oct. 1868, Nr. 4106, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau vom 12. Nov. 1868, Nr. 18358). G. H. 1869, S. 122.

Nr. 3270.

Tod des Eidespflichtigen: Verzögerung durch die ohne gesetzlichen Grund angesuchte, vom Gegner aber zugestandene Ueberreichung einer Schlußschrift und die vom Gegner nicht gerügte Fristwerbung hiezu.

Entsch. v. 3. Februar 1869, Nr. 813 (Best. des das Decr. des K. G. Olmütz v. 6. Oct. 1868, Nr. 5656, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 17. Nov. 1868, Nr. 13578). G. Z. 1869, Nr. 30.

In dem Rechtsstreite des A wider B erklärte Ersterer in der von ihm eigenhändig gefertigten Replik einen in der Einrede ihm aufgetragenen Haupteid anzunehmen. Die Duplik wurde im Juli 1864 von B erstattet und von A erst im November 1864 eine Schlußschrift, obwohl selbe nicht nöthig gewesen wäre, da die Duplik keine Neuerungen enthalten hatte, überreicht. Im Jänner 1865 starb A, und als nun das Urtheil auf den erwähnten Haupteid erging, bat sein Vertreter, denselben für abgelegt zu halten, wogegen B auch aus dem Grunde protestirte, weil A die Ablegung des Eides nicht nur durch das Einbringen einer Schlußschrift, die nicht nothwendig war, sondern auch durch deren so sehr verspätete Ueberreichung verzögert habe (§. 233 a. G. O. und Hofdcr. vom 15. Juli 1784, J. G. S. Nr. 317). — Die erste Instanz erklärte, den Eid für nicht abgelegt, wegen der eben erwähnten, von A verursachten Verzögerung der Entscheidung des Processes und somit der Eidesablegung. — Die zweite Instanz entschied dagegen, daß der Eid für abgeschworen zu halten sei, aus folgen Gründen: Verzögerungen können nur dann der Anwendung des §. 233 a. G. O. entgegenstehen, wenn sie in der Ablegung des mit Urtheil zugelassenen Eides durch Appellation oder durch andere nach dem Urtheile gemachte Schritte herbeigeführt wurden. Wollte man aber auch den Verzögerungen von Satzschriften im Zuge des Processes die gleiche Wirkung beilegen, so kann man den erstrichterlichen Bescheid im vorliegenden Falle doch nicht durch die Erstattung und Verzögerung der Schlußschrift für gerechtfertigt ansehen, da sich der Geklagte weder gegen die Erstattung derselben, noch gegen die dazu angesuchten Fristen negativ äußerte, derselbe daher weder die Satz-

schrift für überflüssig, noch ihre Verzögerung für ungerechtfertigt ansehen kann. Uebrigens ist seit der Zustellung der Duplik bis zu dem am 28. Jänner 1865 erfolgten Ableben des A nur ein Zeitraum über 5 Monate abgelaufen, während die weitere Zögerung wohl nicht mit Rechtsantheilen für den Verstorbenen verknüpft sein kann, da er sie nicht mehr abwenden konnte. Bei einer erst nach dem Tode eingetretenen Verzögerung ist auch die dem §. 233 a. G. O. zu Grunde liegende Voraussetzung ausgeschlossen, daß eine Verschleppung der Eidesablegung auf das Bewußtsein des eigenen Unrechts schließen lasse.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung zweiter Instanz und bemerkte in den Gründen: Die vom Geklagten aufgestellte Behauptung, daß die Erstattung einer Schlußschrift ganz überflüssig gewesen sei, verdient keine Rücksicht, weil er in seiner Gegenschlußschrift mit keinem Worte eine solche Behauptung aufstellte.

Nr. 3271.

Beitritt anderer Exequenten zu der im Zuge befindlichen Feilbietung einer Liegenschaft: Befreiung von der Cautionsleistung. Voraussetzungen der Annullirung einer Feilbietung.

Entsch. v. 3. Februar 1869, Nr. 902 (Best. des Protokolls des B. G. Münchengrätz v. 10. Sept. 1868, Nr. 5287, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 10. Nov. 1868, Nr. 34760). G. Z. 1869, Nr. 71.

Die Licitationsbedingnisse für die executive Feilbietung einer Realität enthielten die Festsetzung, daß jeder Kauflustige vor der Versteigerung 10 % des (auf 26.584 fl. sich belaufenden) Schätzungswerthes als Vadium zu erlegen hat und nur der Exequent davon befreit ist. Nach vollzogener Ausschreibung der Licitation wurde mehreren anderen Pfandgläubigern, die als Executionsführer auftraten, nacheinander der Beitritt zur Execution, resp. zu der executiven Feilbietung unter denselben Bedingnissen bewilligt. Darunter befanden sich A und B, welche unter Einem für sich auch die Bedingniß erwirkten, daß der Meistbieter ihre Forderungen, soweit sie gemäß der Vertheilung des Kaufschillings zum Zuge kommen würden, nach eingetretener Rechtskraft der Vertheilung sofort zu bezahlen habe. An dem für die (dritte) Versteigerung festgesetzten Tag — 10. September 1868 — und noch vor Beginn derselben überreichte C ein mit der Cession des B instruirtes Gesuch um bücherliche Uebertragung der ihm von B cedirten Forderung an den Executen, worauf die Versteigerung eröffnet wurde, bei welcher C als Mitlicitant auftrat und als Exequent die Befreiung vom Erlage des Vadiums begehrte. Diese Befreiung ward ihm von der Gerichtscommission gewährt und C erstand die Realität um einen

etwas unter dem Schätzungswerth stehenden Preis. Gegen die Feilbietung recurrirten nun A und der Execut und forderten die Cassirung derselben, weil C auf die Befreiung vom Erlag des Vadiums keinen Anspruch gehabt habe, von welcher nur der ursprüngliche, erste Executionsführer befreit gewesen sei, und weil, als sein Auctor B um die executive Feilbietung ansuchte, diesem Begehren dahin stattgegeben worden sei, daß die auf Einschreiten des A auf den 10. September 1868 bereits ausgeschriebene dritte Versteigerung für B als die erste Feilbietung, bei der nicht unter dem Schätzungswerth verkauft werden durfte, zu gelten habe, somit der dabei unter diesem Werth geschehene Zuschlag an B's Nachfolger C nichtig sei. — Das O. L. G., diesen Erwägungen Folge gebend, hob die Versteigerung auf.

Der oberste Gerichtshof aber hielt den Feilbietungsact aufrecht, weil dem C, resp. seinem Cedenten B die executive Versteigerung, beziehungsweise der Beitritt zu der von A erwirkten Feilbietung unter den nämlichen Bedingnissen, unter welchen die executive Versteigerung der Realität bereits bewilligt worden war, bewilligt wurde, und zu diesen Bedingnissen auch die Befreiung des Exequenten vom Erlag des Vadiums zählt, welche, da C in die Reihe der Exequenten getreten ist, daher auch für ihn als solchen gelten muß; weil ferner bei der vorausgegangenen (resultatlosen) Feilbietung vom 9. Juli 1868, sowie bei der in Rede stehenden vom 10. September, jene späteren Exequenten, die früher erwirkten Feilbietungen beigetreten waren, seitens der Gerichtscommission als vom Erlag des Vadiums befreit angesehen wurden, ohne daß die anwesenden Interessenten dagegen Einspruch erhoben; weil aus dem Hinzutritt eines weiteren Licitanten in der Person des C nur die Möglichkeit der Erhöhung des Meistgebots, keinesfalls aber ein Nachtheil entstanden, die bloße, durch nichts unterstützte Vermuthung einer möglichen Ausbeutung der Realität ohne Erfüllung der Zahlungspflichten aber kein Grund sein kann, einen ordnungsgemäß vorgenommenen Feilbietungsact zu annulliren, und weil endlich die Ueberlassung der Liegenschaften unter dem Schätzungswerth dadurch gerechtfertigt ist, daß die Licitation vom 10. September 1868 in der That die dritte Feilbietung war, und nur eventuell, wenn nämlich die Realität dabei nicht an den Mann gebracht worden wäre, zugleich als die erste für den Exequenten C angesehen worden sein würde.

Nr. 3272.

Umfang der Rechtskraft des Einantwortungsbescheides.

Entsch. v. 4. Februar 1869, Nr. 824 (Best. des das Urth. des B. G. Wodnian v. 2. März 1868, Nr. 1000, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 20. Oct. 1868, Nr. 25432). G. H. 1869, S. 75. G. Z. 1871, Nr. 102.

Die Klage der A, Interessentin in der abgehandelten und eingeantworteten Verlassenschaft des M, gegen den Erben B auf Ungiltig-

erklärung eines nach ihrer Behauptung dem §. 735 a. b. G. B. widerstreitenden Absatzes der bereits intabulirten Einantwortungsurkunde wurde von dem obersten Gerichtshof abgewiesen, weil es Sache der Klägerin gewesen wäre, die Einantwortungsverordnung mittelst Recurs anzufechten, durch dessen Unterlassung dieselbe rechtskräftig geworden ist, weil ferners der A in der Einantwortungsverordnung der Proceßweg nicht vorbehalten wurde, noch von dem Gesetz ein besonderes Klagrecht gewährt wird, daher sie nach §. 18 des Patents vom 9. August 1854, Nr. 208 zur Anfechtung der Einantwortung mittelst Klage nicht mehr berechtigt ist.

Nr. 3273.

Berichtigung eines Schreibfehlers im rechtskräftig gewordenen Urtheil.

Entsch. v. 4. Februar 1869, Nr. 950 (Best. des Decr. des B. G. Schlan v. 3. Nov. 1868, Nr. 7894, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 1. Dec. 1868, Nr. 37645). G. Z. 1869, Nr. 32.

A hatte den B auf Zahlung einer Summe Geldes sammt Verzugszinsen vom Tage der Klage — welche am 30. November 1860 eingebracht worden war — belangt. In dem Urtheile vom 23. April 1867, welches auch in Rechtskraft erwuchs, war dem A der eingeklagte Betrag sammt Interessen „vom Tage der Klage, dem 30. November 1862" zugesprochen worden. A, welcher diesen Irrthum in der Jahreszahl erst später entdeckte, bat um Berichtigung desselben. — Das Gericht verbesserte nun sogleich von amtswegen diesen Schreibfehler dahin, daß es im Eingang des Urtheils heißen soll: auf die Klage de praes. 30. November 1860, und daß demzufolge die 4% Saumsalszinsen vom Klagstage, d. i. vom 30. November 1860 zu laufen haben. — Auf Recurs des B wies das O. L. G. den A mit dem Corrigirungsbegehren ab, weil das diesfällige Urtheil längst rechtskräftig war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, weil im Urtheile dem Kläger die Zinsen vom Tage der Klage zuerkannt wurden, nach Ausweis der Acten aber die Klage am 30. Nov. 1860 eingebracht worden ist, daher die im Urtheile geschehene irrige Anführung des Klagtages mit 30. Novemb. 1862 offenbar nur auf einem Schreibfehler beruht, woraus der Geklagte für sich kein Recht ableiten kann, und welcher als eine blos unrichtige Citirung von amtswegen zu verbessern ist.

Nr. 3274.

Zulässigkeit von Replitnachträgen bis zur Erstattung der Duplik.

Entsch. v. 4. Februar 1869, Nr. 1001 (Best. des Decr. des B. G. Welwarn v. 9. Oct. 1868, Nr. 4006, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 23. Nov. 1868, Nr. 36672). G. Z. 1869, Nr. 39.

In dem schriftlich verhandelten Rechtsstreite des A wider B war die Replik des Ersteren dem B am 18. Septemb. zur Erstattung der Duplik zugestellt worden. Am 7. October brachte A einen Replitnachtrag ein, welchen das Gericht erster Instanz aufrecht verbeschied, das O. L. G. aber dem A zurückstellen ließ, weil die Replik dem B bereits zur Duplik zugestellt worden war, hienach ein Nachtrag zur Replik unzuläßig ist, da es dem Kläger oblag, alle Umstände, und Beweismittel, welche zur Widerlegung des Factums und der Einwendungen, welche der Geklagte in der Einrede angebracht hat, dienen, in der Replik anzuführen, und im Falle Kläger in der Replik Neuerungen anbringen wollte, es ihm oblag, sich diesfalls nach Vorschrift des §. 48 a. G. O. zu benehmen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil, sowie vor der Einrede die Ueberreichung eines Klagnachtrages gestattet ist, ebenso, in so lange auf die eingebrachte und dem Geklagten zugestellte Replik von diesem die Duplik nicht erstattet wurde, die Ueberreichung eines Replitnachtrages keinem Anstande unterliegen kann, und im Gesetze nirgends untersagt erscheint; weil ein solches Verbot auch nicht aus den §§. 47 und 48 a. G. O. erschlossen werden kann, vielmehr der Replitnachtrag ein integrirender Bestandtheil der Replik selbst ist, und falls in demselben unbefugt Neuerungen angebracht worden sein sollten, gegen selbe Protest einzulegen dem Geklagten ebenso unbenommen bleibt, wie gegen unbefugte Neuerungen der Replik selbst.

Nr. 3275.

Verurtheilung wegen Winkelschreiberei: Folgen derselben.

Entsch. v. 4. Februar 1869, Nr. 1210 (Best. der Decr. des B. G. Risano v. 15. Sept. 1868, Nr. 1055 und des O. L. G. Zara v. 14. Oct. 1868, Nr. 4903). G. Z. 1870, Nr. 63.

A war durch rechtskräftiges Erkenntniß eines dalmatinischen Gerichtes wegen Winkelschreiberei verurtheilt und in einem bei einem anderen Gericht verhandelten Proceß ihm von diesem Gerichte die fernere Einmengung in den Proceß untersagt worden. Dessenungeachtet überreichte er für den Beklagten als sein Mandatar ein Wiederein-

setzungsgesuch, welches von der ersten Instanz mit Beziehung auf die obigen in derselben Rechtssache ergangenen Bescheide, durch welche ihm die weitere Einmengung untersagt war, und von dem O. L. G. mit Berufung auf die Verurtheilung des A wegen Winkelschreiberei demselben zurückgestellt wurde. — In dem Revisionsrecurs machte A geltend, daß, wenn er auch als Winkelschreiber erklärt wurde, dieser Ausspruch blos für den Bezirk des verurtheilenden Gerichtes gelte, und auf den Bezirk des anderen Gerichtes, wo sich überdies keine Advocaten befinden, nicht ausgedehnt werden könne.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs des A, weil derselbe durch rechtskräftig gewordene gerichtliche Entscheidungen im Sinne der Ministerialverordnung vom 8. Juni 1857, R. G. Bl. Nr. 114, als Winkelschreiber erklärt und deshalb auch verurtheilt wurde; weil es Beruf des Richters ist, von amtswegen darüber zu wachen, daß seine aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung getroffenen Anordnungen nicht vereitelt werden; weil die Folgen der Verurtheilung wegen Winkelschreiberei sich nicht blos auf den Sprengel jenes Gerichtes beschränken, welches das Erkenntniß in erster Instanz gefällt hat, mithin die Zurückstellung des von A überreichten Wiedereinsetzungsgesuches mit allem Grunde erfolgt ist.

Nr. 3276.

Angeld oder Anzahlung?

Entsch. v. 5. Februar 1869, Nr. 11376 (Best. des das Urth. des L. G. Krakau v. 4. Sept. 1867, Nr. 16521, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 16. Juli 1868, Nr. 6421). G. H. 1869, S. 288 und 317.

B hat dem A versprochen, ihm das Holz von 30 Joch seines Waldes zu verkaufen und darüber einen schriftlichen Vertrag zu errichten, worauf ihm von dem A 200 fl. behändigt worden sind, welche dieser, da der schriftliche Vertrag nicht zu Stande gekommen, von B zurückforderte. Der Beklagte qualificirte die empfangenen 200 fl. als Angeld (gegeben bei dem pactum de ineundo), welches er behalten könne, weil A, wie B zu beweisen sich erbot, das Nichtzustandekommen des Vertrages verschuldet habe. — Die erste Instanz fällte ein bedingtes Urtheil je nach dem Ausfall der Beweisführung. In zweiter Instanz wurde B unbedingt zur Herausgabe der 200 fl. verurtheilt; vom obersten Gerichtshof wurde dieses Erkenntniß aus den folgenden Gründen bestätigt: Das im §. 936 a. b. G. B. vorgesehene pactum de ineundo kann nur dann als rechtsverbindlich, und sohin als ein Vertrag angesehen werden, wenn in demselben die wesentlichen Punkte des künftigen Vertrages bestimmt wurden, was aber hier nicht geschehen ist, da die Parteien die Lage und Beschaffenheit der Holzschläge, welche

den Gegenstand des künftigen Vertrages bilden sollen und bei einem Kaufvertrag, dessen Object nicht der Grund und Boden, sondern das darauf stehende Holz ist, nach Verschiedenheit der Holzschläge, eben den Hauptgegenstand des Vertrages ausmachen, in ihrer Verabredung nicht näher bestimmt haben. Die getroffene Verabredung kann daher als ein rechtsgiltiger Vertrag nicht angesehen und der auf Grund derselben von A gegebene Vorschuß als ein Angeld, d. i. als Zeichen des Abschlusses oder als Sicherstellung für die Erfüllung der Verabredung nach §. 908 a. b. G. B. nicht betrachtet werden. Es gelten für den eventuellen Verlust dieses Vorschusses nicht die Grundsätze des §. 908 a. b. G. B., weil es dabei auf die das Nichtzustandekommen des Hauptvertrages veranlassende Culpa gar nicht mehr ankommen kann, sondern der auf Rechnung des Hauptvertrages empfangene Vorschuß einfach zurückgestellt werden muß.

Nr. 3277.

Schriftliches Testament eines Analphabeten.

Entsch. v. 5. Februar 1869, Nr. 449 (Best. des das Urth. des B. G. Bielitz v. 31. März 1868, Nr. 1744, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 2. Sept. 1868, Nr. 9888). G. Z. 1869, Nr. 32.

Die Intestaterben des M bestritten gegen die Testamentserben die Giltigkeit des von M errichteten, mit dessen Handzeichen und von drei Zeugen gefertigten Testamentes. Die Zeugenaussagen gingen dahin: M ließ zwei Zeugen, D und E, rufen, erklärte vor ihnen seinen letzten Willen, den D dem E in die Feder dictirte, so daß M das Dictat hören konnte. M bemerkte, daß mehr Zeugen nöthig wären, und ließ noch zwei holen, in deren Gegenwart E das Testament vorlas, wobei sie allerdings in der Lage waren, den Aufsatz einzusehen, es jedoch im Vertrauen auf die Persönlichkeit des D und E nicht thaten. Der Erblasser M selbst war des Lesens und Schreibens unkundig. — Die erste Instanz erklärte das Testament aus folgenden Gründen für ungiltig. Es ist unbestritten, daß M Geschriebenes nicht lesen konnte, daher die Giltigkeit des von ihm mit drei Kreuzzeichen unterfertigten Testamentes als schriftliche letztwillige Anordnung nach §. 581, und als mündliche nach §. 585 a. b. G. B. zu beurtheilen ist. In keiner dieser Richtungen sind die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden. Denn wenn auch drei Personen ausdrücklich als Zeugen des letzten Willens beigezogen worden sind, und wenn auch die letztwillige Anordnung in ihrer Gegenwart dem Erblasser M vorgelesen und von ihm mit den Worten: „So ist es, so will ich es haben", als sein letzter Wille erklärt, auch mit seinen Kreuzzeichen versehen worden ist, worauf ein Zeuge dessen Namen schrieb und drei andere die Urkunde unterfertigten,

so ist selbe doch, dem §. 581 a. b. G. B. zuwider, nicht von den andern drei Zeugen eingesehen worden und haben dieselben sich nicht die Ueberzeugung verschafft, daß der vorgelesene Inhalt dem schriftlichen Inhalte entsprochen hat. Da der Erblasser die Befolgung dieser Förmlichkeiten ebenso überwachen und anordnen konnte, wie er angeblich die mannigfachen Verfügungen über sein Vermögen getroffen hat, so wurden bei Errichtung seiner letztwilligen Anordnung durch sein Verschulden wesentliche Förmlichkeiten nicht beachtet, und ist daher als nothwendige Folge dessen die letztwillige Anordnung, soweit sie als schriftliche angesehen werden soll, ungiltig. Dasselbe gilt auch, wenn man sie als ein Nuncupativtestament ansehen will, weil M seinen letzten Willen nur in Gegenwart des D und E erklärt hat, und ein in Gegenwart von nur zwei Zeugen erklärter letzter Wille nach §§. 585 und 601 a. b. G. B. gleichfalls ungiltig ist. Daß er später den angeblich vorgelesenen Aufsatz in Gegenwart von vier Personen dahin bestätigte, daß derselbe seinen letzten Willen enthalte, ist unentscheidend, weil M damit seine Anordnungen auf den Todesfall den Zeugen nicht bekanntgegeben, sondern nur den Inhalt des Aufsatzes als richtig anerkannt, folglich eine mündliche letztwillige Erklärung hiemit nicht abgegeben hat (§§. 552 und 586 a. b. G. B.), um so weniger, als zur Errichtung einer solchen Anordnung die bloße Bejahung eines dem Erblasser gemachten Vorschlages nicht genügt (§. 565 a. b. G. B.), der angebliche letzte Wille von den drei Zeugen nicht bestätigt werden kann (§. 586) und die größere Vorsicht bei Errichtung mündlicher letztwilliger Anordnungen umgangen würde, wenn derlei Bestätigungen die Wirkung einer förmlichen Erklärung des letzten Willens beigelegt wird. — Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, indem sie die Erfordernisse einer schriftlichen letztwilligen Erklärung als vorhanden ansah. Es wurde der letzte Wille des M vor zwei anwesenden fähigen Zeugen bei vollem Bewußtsein deutlich und bestimmt abgegeben und von einem Zeugen niedergeschrieben, der Aufsatz in Gegenwart des Erblassers und noch zweier herbeigerufener Testamentszeugen, sohin in Gegenwart von vier Zeugen deutlich vorgelesen, von M ausdrücklich als seinem Willen gemäß bekräftigt und mit drei Kreuzzeichen gefertiget, wonach der Giltigkeit des Testamentes des M nur noch der Umstand entgegenstehen könnte, daß bei der Vorlesung die Zeugen den Inhalt des Testamentes nicht eingesehen haben. Die diesfalls im §. 581 a. b. G. B. vorgeschriebene Förmlichkeit beabsichtigt blos eine Beaufsichtigung des vorlesenden Zeugen, daß er das wirklich lese, was und wie es im Aufsatze enthalten ist, damit kein Zweifel darüber obwalte, daß die darauf erfolgte Bekräftigung des Erblassers sich wirklich auf die von ihm getroffenen Verfügungen beziehe. In dem vorliegenden Falle ist aber der Absicht des Gesetzes Genüge geschehen. Denn D hat dem E den letzten Willen nach den Angaben des Erblassers dictirt, E denselben niedergeschrieben. Der Erstere war daher in voller Kenntniß

des später (von E) vorgelesenen Testamentsaufsatzes, und, wie alle Zeugen bestätigen, waren die drei Zeugen in solcher Nähe des vorlesenden Testamentsschreibers, daß sie den Inhalt des Testaments einsehen konnten, was sie nur deshalb nicht thaten, weil ihnen E als verläßlicher Mann bekannt war. Wird diesem gemäß erwogen, daß das Vorlesen des Testamentsaufsatzes von dem Erblasser selbst und von D, welcher denselben dictirte, beaufsichtigt war, und daß dies auch von den anderen Zeugen geschehen konnte, und eben nur wegen der Vertrauenswürdigkeit des Schreibers unterblieb, diese Ansicht der Zeugen aber nicht die Ungiltigkeit des unter Beobachtung aller sonstigen Förmlichkeiten, in Anwesenheit von vier Zeugen errichteten letzten Willens, welcher so bestimmt ausgesprochen wurde, zur Folge haben kann, zumal letztwillige Anordnungen soviel als möglich aufrecht zu erhalten sind, übrigens auch gar keine Umstände vorliegen, welche an der Richtigkeit des Vorlesens zweifeln ließen, so muß durch den ganzen Vorgang der Testamentserrichtung des M auch die Förmlichkeit des §. 581 a. b. G. B. nach der Absicht des Gesetzes als erfüllt angesehen werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des O. L. G. mit Bezug auf deren ausführliche Begründung, weil hier jede Besorgniß ausgeschlossen ist, daß dem M etwa andere Anordnungen unterschoben wurden, als er gewollt hat, indem auch die Zeugen dem Vorleser so nahe waren, daß sie jeden Augenblick in den Aufsatz hineinsehen und so der Erstere auch nicht wagen konnte, etwas anderes zu lesen, als darin stand.

Nr. 3278.

Nichtberücksichtigung der Bedenklichkeit eines Zeugen von amtswegen.

Entsch. v. 5. Februar 1869. Nr. 532 (Best. des Urth. des B. G. Oberplan v. 26. Oct. 1868, Nr. 3531, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 24. Nov. 1868, Nr. 36157). G. H. 1869, S. 102. G. Z. 1869, Nr. 31.

In dem summarischen Proceß des A gegen den Bürgen B wegen Zahlung der verbürgten Summe von 60 fl. war der Zeuge und Bruder des Klägers verhört worden und hatte die vom Letzteren behauptete Existenz des Bürgschaftsvertrags bestätigt. — Nun erkannte das Gericht erster Instanz auf den Erfüllungseid des Klägers, wogegen das Obergericht, mit Ausschließung dieses Eides wegen Bedenklichkeit des verhörten Zeugen, auf den Haupteid des Beklagten erkannte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Der vernommene Zeuge ist zwar, als Bruder des Zeugenführers, nach §. 142 lit. a a. G. O. bedenklich. Da jedoch der Be-

klagte in der Verhandlung gegen dessen Glaubwürdigkeit nichts eingewendet und seine Bedenklichkeit nicht gerügt hat, obwohl der Kläger den Zeugen sogleich als seinen Bruder bezeichnete; da sonst keine gegründeten Anstände gegen den Zeugen vorliegen und im Allgemeinen nicht anzunehmen ist, daß der Verwandte immer, auch fälschlich zu Gunsten seines Verwandten aussagen werde; da ferners das Gesetz im §. 140 a. G. O. selbst ganz verwerfliche Zeugen nur auf Einwendung des Gegners zum Zeugeneid zuzulassen verbietet und von dem nur bedenklichen Zeugen gewiß nicht behauptet werden kann, daß derselbe dem ganz verwerflichen Zeugen in der Glaubwürdigkeit nachstehe, — kann im vorliegenden Fall auf die Bedenklichkeit des in Frage stehenden Zeugen nach dem im §. 1 a. G. O. aufgestellten Grundsatz, daß der Richter niemals von amtswegen verfahren soll, außer wenn er hierzu durch die Gesetze angewiesen wird, keine Rücksicht genommen werden.

Nr. 3279.

Execution zur Sicherstellung: Unzulässigkeit der Einverleibung des Pfandrechtes.

Entsch. v. 5. Februar 1869, Nr. 954 (Best. der Decr. des L. G. Planic v. 18. August 1868, Nr. 2630 und des O. L. G. Prag v. 14. Oct. 1868, Nr. 31288). G. H. 1869, S. 90.

Das auf §. 259 a. G. O. und auf die §§. 4 und 12 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130 gestützte Gesuch des A um die Einverleibung des Pfandrechts auf einer Liegenschaft des B zur Sicherstellung der dem A gegen B durch — noch nicht rechtskräftiges — Urtheil zuerkannten Geldforderung wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil die Execution zur Sicherstellung auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils nur in dem Umfang, in welchem die Execution zur Sicherstellung nach §. 4 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, Nr. 130, zulässig ist, bewilligt werden kann, hiernach dieselbe wohl durch Pfändung und Schätzung — selbstverständlich und insbesondere mit Rücksicht auf §. 5 der citirten Verordnung nur — von beweglichen Sachen und Fahrniß, und durch die Sequestration, keineswegs aber durch Einverleibung des Pfandrechts ad corpus des unbeweglichen Gutes statthaft ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Entscheidungen aus den angeführten Gründen.

Nr. 3280.

Execution gegen eine Verlassenschaft: Unzulässigkeit der Bestellung eines Curators ad actum für den Erblasser durch das Proceßgericht.

Entsch. v. 6. Februar 1869, Nr. 1050 (Best. des das Decr. des K. G. Olmütz v. 6. Nov. 1868, Nr. 6918, aufheb. Decr. des O. L. G. Brünn v. 10. Dec. 1868, Nr. 14513). G. H. 1869, S. 288.

Auf das Executionsgesuch des A pto. 1879 fl. wider den darin als verstorben bezeichneten Schuldner M, welches bei dem judex cognitionis — K. G. Olmütz — überreicht wurde, hatte dieses Gericht die Execution bewilligt und unter Einem für M einen Curator ad actum in der Person des B bestellt, an welchen die Behändigung des Executionsbescheides erfolgte. B begehrte aber die Enthebung von der Curatel mit der Anführung, daß sich zu dem Nachlaß des M bereits die berufenen Personen erbserklärt hätten. — Das K. G. Olmütz wies dieses Gesuch zurück, weil zur Zeit des angebrachten Executionsgesuches weder dem Executionsführer noch dem Gerichte bekannt war, daß sich zum Nachlaß des Executen Erben erbserklärt hatten, und weil dem Gericht als judex cognitionis nach §. 85 J. N. die Befugniß zukam, für den verstorbenen M zur Wahrung seiner Rechte einen Curator zu bestellen. — Das O. L. G. hat die Bestellung des B als Curator aufgehoben und dem K. G. Olmütz aufgetragen, den Executionsbescheid dem Abhandlungsgericht zur Zustellung an die erklärten Erben des M oder, im Fall des noch nicht geschehenen Antritts der Erbschaft, an den für die hereditas jacens aufzustellenden Curator zu übersenden, — weil die Bestellung eines Curators ad actum für einen Verstorbenen nicht Platz greift, auch nicht der §. 85 J. N., sondern der §. 811 a. b. G. B. hier Anwendung findet, wornach die Gläubiger zur Ausführung ihrer Rechte gegen die ruhende Verlassenschaft die Bestellung eines Verlassenschaftscurators zu bewirken haben, für welche aber nur die Abhandlungsbehörde competent ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte, wesentlich aus den obergerichtlichen Gründen, die Entscheidung der zweiten Instanz.

Nr. 3281.

Auslegung der Vermiethungsclausel: „Für die Dauer der diplomatischen Sendung."

Entsch. v. 10. Februar 1869, Nr. 826 (Best. des Urth. des B. G. der inneren Stadt Wien v. 19. Dec. 1868, Nr. 38416, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 7. Jänner 1869, Nr. 122). G. Z. 1869, Nr. 52.

Ein Gesandter hatte am 1. Mai 1865 von Michaeli 1865 ab „für die Dauer seiner diplomatischen Sendung, also bis zu seiner Ab-

berufung“ eine Wohnung gemiethet. In Folge der Kriegsereignisse des Jahres 1866 nach völkerrechtlicher Uebung von seinem Posten abberufen, hatte er, nach Wiederherstellung des Friedens auf seinen Posten zurückgekehrt, die alte Wohnung bezogen. Nun kündigte der Hausbesitzer die Miethe dem Gesandten, welcher die Zulässigkeit der Aufkündigung mit Bezugnahme auf den Miethvertrag bestritt, indem er behauptete, seine diplomatische Sendung sei durch den Krieg nicht beendet, sondern nur unterbrochen worden. Hiegegen machte der Hausbesitzer geltend, die Abberufung begründe die Beendigung der diplomatischen Mission. — Das Gericht erster Instanz erklärte den Miethvertrag für noch giltig. Das O. L. G. hingegen hielt die Kündigung aufrecht. Gründe: Es handelt sich im vorliegenden Falle zur Rechtfertigung des Klagebegehrens einzig und allein um den Beweis darüber, daß der in dem Miethvertrage ausgesprochene Zeitpunkt der Auflösung dieses Vertrages, nämlich die Abberufung des Klägers von seinem Gesandtschaftsposten noch nicht eingetreten sei. Diesen Beweis muß nach der natürlichen Ordnung im Streitverfahren der Kläger herstellen, weil er in seiner Klage mit Berufung auf diesen Umstand die gegnerische Aufkündigung widerlegen, und sein Recht in der gemietheten Wohnung auch ferner auf Grund dieses Vertrages zu verbleiben, geltend machen will. Erwägt man nun, daß zur Zeit des Krieges im Jahre 1866 der Kläger zugestandenermaßen aus Oesterreich sich entfernte und erst später als neu ernannter Gesandter das Beglaubigungsschreiben übergeben hatte, und daß Kläger über die Art und Weise seiner Abwesenheit keine solchen Behelfe beibrachte, aus welchen erhellen würde, daß diese Abwesenheit nicht die Folge der Beendigung seiner diplomatischen Mission, somit der Abberufung von dem Gesandtschaftsposten war, als welche sie doch allgemein nach der völkerrechtlichen Praxis angesehen werden mußte, so erscheint auch die Bestreitung der Kündigung des Geklagten aus dem Titel des Vertrages nicht gerechtfertigt. Gegen die Giltigkeit dieser Kündigung spricht unter der Voraussetzung, daß der Vertrag erloschen war, aber auch nicht der Umstand, daß Kläger mit 1. Mai 1867 die Wohnung wieder bezog und darin verblieb, weil ja hiedurch nur eine stillschweigende Erneuerung der Miethe, jedoch nicht auf die frühere Miethsdauer nach dem Contracte, sondern nur auf sechs Monate stattgefunden hätte, wie dies aus der Bestimmung des §. 1115 des a. b. G. B. klar erhellt, und weil nach deren Verlaufe die Kündigung auf die sonst gewöhnliche Art stattfinden konnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Nach dem Wortlaute und Sinne des Miethvertrages vom 1. Mai 1865 muß das Wesentliche der Bestimmung über die Contractsdauer darin erkannt werden, daß der Besitzer des Hauses die im ersten Vertragsabsatze aufgeführten Localitäten dem Kläger von Michaeli 1865 angefangen für die Dauer seiner diploma-

tischen Sendung vermiethet hat. Auf den erläuternden Zusatz: „also bis zu dessen Abberufung" kann ein besonderes Gewicht nicht gelegt werden, denn insoferne dieser Zusatz ausdrücken soll, daß die diplomatische Sendung mit der Abberufung ihr Ende erreicht, ist er, weil selbstverständlich, auch überflüssig, insofern aber eine diplomatische Sendung ihr Ende auch erreichen kann, ohne daß gerade eine Abberufung erfolgte, nicht genugsam bezeichnend. Der Sinn des Vertrages wird also richtig dahin aufzufassen sein, daß die Miethe auf so lange geschlossen wurde, als die diplomatische Sendung des Klägers dauere und er sonach von den gemietheten Localitäten Gebrauch zu machen in der Lage sein wird. In diesem Sinne aufgefaßt, muß aber eine definitive Beendigung der diplomatischen Function des Klägers als im Vertrage vorausgesetzt angenommen werden. Daß nun aber eine solche wirklich eingetreten sei, ist nicht erwiesen. Die aus Anlaß des Krieges eingetretene Entfernung des Klägers von Wien, mag sie auch auf ausdrücklichen Befehl seiner Regierung erfolgt sein, bedeutete wohl den durch den eingetretenen Kriegszustand bedingten Abbruch des diplomatischen Verkehres zwischen den kriegführenden Staaten, aber keineswegs die definitive Abberufung der Person des Klägers von seinem Gesandtschaftsposten; die diplomatische Sendung desselben wäre vielmehr erst dann als beendigt anzusehen gewesen, wenn sein Souverain nach dem Friedensschlusse eine andere Person als den Kläger als Gesandten entsendet hätte. Wie die Verhältnisse vorliegen, hat aber in der That nur eine unter den eingetretenen Kriegsverhältnissen unvermeidlich gewordene, aber auch eben nur auf die Dauer des Krieges beschränkte zeitweise Unterbrechung der diplomatischen Vertretung stattgefunden, nach deren Beendigung der Kläger seine Function wieder angetreten und fortgesetzt hat; und so wie die zeitweilige Einstellung des diplomatischen Verkehres nicht als eine Beendigung der Mission des Klägers aufgefaßt werden kann, so kann auch aus dem Umstande, daß derselbe nach dem Friedensschlusse neuerlich ein Beglaubigungsschreiben zu überreichen hatte, nicht gefolgert werden, daß darum seine frühere Mission als beendigt angesehen werden müsse, da diesem neuerlichen Acte der Vorstellung wohl nur der Zweck und die Bedeutung einer im internationalen Verkehre üblichen feierlichen Anzeige der Wiederaufnahme der unterbrochenen Beziehungen und der Fortsetzung der früheren Repräsentanz beigelegt werden kann. Demzufolge kann der vom Geklagten angeführte Rechtsgrund der Aufkündigung, daß in Folge der zu Ende Mai 1866 erfolgten Abberufung des Klägers von seinem Gesandtschaftsposten dessen diplomatische Sendung ihr Ende erreicht habe, als statthaft nicht erkannt werden. Wenn übrigens erwogen wird, daß jene Unterbrechung in der Function des Klägers in einen Zeitraum fällt, während dessen, selbst wenn bei Ausbruch des Krieges wirklich dessen Abberufung erfolgt wäre, auch nach dem Contracte die Miethe noch für das nächste Halbjahr, und

zwar wie in der Aufkündigung selbst anerkannt wird, noch bis 1. Mai 1867 fortzudauern hatte, während Kläger bereits lange vor Eintritt dieses Zeitpunktes wieder in der Ausübung seiner Function gestanden war; daß derselbe weiters, wie unbestritten ist, die Benützung der gemietheten Localitäten niemals aufgegeben und dieselbe nach seiner Rückkehr fortgesetzt hat, ohne daß von Seite des Gekagten die Absicht, den mit 1. Mai 1867 eingetretenen Ablauf der contractlichen Miethsdauer geltend zu machen, in irgend einer Weise zu erkennen gegeben worden wäre, so ginge auch nicht einmal an, hieraus auf ein zwischen dem Geklagten und dem Kläger stillschweigend zu Stande gekommenes neuerliches Miethsverhältniß auf unbestimmte Zeit zu schließen, da dieses beiderseitige Verhalten sich eben so gut auch dahin erkären ließe, daß der Miethsvertrag noch von keiner Seite als bereits erloschen betrachtet wurde.

Nr. 3282.

Rechnungsproceß: Unzulässigkeit der Beantwortung der Aufforderung: Rechtskraft des über die Aufforderungsklage ergangenen Bescheides.

Entsch. v. 10. Februar 1869, Nr. 1288 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Bezzano v. 9. Sept. 1868, Nr. 4132 und des O. L. G. Innsbruck v. 14. Oct. 1868, Nr. 3455). G. H. 1869, S. 87.

Gegen die nach Vorschrift des §. 165 westg. G. O. verbeschiedene Aufforderungsklage des A gegen die Gemeinde B pto. Genehmigung oder Bemängelung der mit der Klage producirten Rechnung wurde von der aufgeforderten Gemeinde eine Einredeschrift überreicht, worin sie, leugnend, daß zwischen ihr und A jemals Rechtsbeziehungen, welche zur Ablage einer Rechnung Grund böten, bestanden haben, auf das Erkenntniß antrug, daß sie nicht schuldig sei, die gelegte Rechnung zu genehmigen oder zu bemängeln. Diese Schrift wurde von beiden Untergerichten als unzulässig a limine zurückgewiesen. — In dem a. o. Revisionsrecurse bemerkte die Gemeinde gegen die Ansicht der Untergerichte, wornach sie das in der Einredeschrift gestellte Begehren in der Bemängelungsklage anzubringen hätte, daß dies unlogisch und ungehörig wäre, weil die Gemeinde ja ihre angebliche Pflicht, in das Meritum der Rechnung einzugehen, bestreite und demnach der Richter in seiner Entscheidung die einzelnen Posten der Rechnung gar nicht zu liquidiren habe, mithin ein Verfahren nach dem 10. Capitel (§§. 165 ff.) der westg. G. O. weder angezeigt noch möglich sei. Vielmehr habe der Richter hier nach den Bestimmungen über den allgemeinen Aufforderungsproceß ex lege diffamari des 7. Capitels (§§. 61 ff.) der westg. G. O. vorzugehen.

In Erwägung, daß der auf die Aufforderungsklage ergangene Bescheid rechtskräftig geworden ist und nunmehr beide Streittheile dieser Erledigung sich fügen müssen, widrigens sie die gesetzlichen Folgen sich selbst zuzuschreiben hätten; daß, wenn hier der Fall einer Rechnungslegung wirklich nicht vorläge und daher die einzelnen Guthabensposten der gelegten Rechnung nicht beständen, die aufgeforderte Gemeinde dies auch in der im Klagebescheid bestimmten Form zur Geltung bringen kann; und daß es sich jetzt nicht darum handelt, welche processuale Form, als die für den gegenwärtigen Fall zweckmäßigste vom Gesetzgeber vorzuschreiben wäre, — hat der oberste Gerichtshof den Recurs verworfen.

Nr. 3283.

Schuldanerkennung: Cautio indiscreta.

Entsch. v. 10. Februar 1869, Nr. 1290 (Best. des das Urth. des B. G. Volosca v. 22. Mai 1868, Nr. 1178, abänd. Urth. des O. L. G. Triest vom 16. Sept. 1868, Nr. 4781). G. Z. 1869, Nr. 76.

Die Klage der A gegen die Verlassenschaft der B pto. Zahlung von 50 fl. war auf eine Urkunde gegründet, worin sich die B als Schuldnerin der A für die besagte Summe erklärte und die Zahlung versprach, und wurde in erster Instanz aus dem Grunde abgewiesen, weil die Urkunde weder eine Schenkung noch ein giltiger Schuldschein ist, da sie weder den einen noch den anderen Titel enthält, und somit der A keinen Klageanspruch auf Zahlung des darin ausgedrückten Geldbetrages gewährt. — Das O. L. G. hingegen hat der Klage in der Erwägung stattgegeben, daß die Anführung der causa debendi von keinem Gesetze ganz allgemein und für jede Kategorie von Urkunden gefordert wird, sondern daß das Gesetz ausdrücklich die Fälle bezeichnet, wie z. B. §§. 435, 1001, 1426 a. b. G. B., in denen die causa angegeben sein muß; daß der Titel der eingeklagten Forderung in der darin enthaltenen Anerkennung der Schuld von Seite der B und in ihrem — von A durch die Empfangnahme der Urkunde stillschweigend angenommen — Zahlungsversprechen liegt; daß der auf solche Weise perfect gemachte (§. 861) Vertrag im Zweifel, ob derselbe auf eine erlaubte oder auf eine unzuläßige causa debendi gegründet sei, nach §. 914 so ausgelegt werden muß, daß er Wirkung habe, und daß hienach dieser Vertrag, da er das ohne Entgelt geleistete Versprechen der Zahlung von 50 fl. enthält, als ein unentgeltlich geschlossener (§. 864) sich darstellt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

Nr. 3284.

Collision von Erbserklärungen: Umfang der richterlichen Prüfung und Vorgang bei derselben.

Entsch. v. 10. Februar 1869, Nr. 1323 (Best. des das Decr. des B. G. Bielitz v. 12. Nov. 1868, Nr. 7883, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 15. Dec. 1868, Nr. 15060). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 40.

Zur Verlassenschaft des M haben sich einerseits dessen Ehefrau A auf den Grund der in einem notariellen Instrument enthaltenen letztwilligen Anordnung des M, andererseits seine Geschwister B und C aus dem Gesetze erbserklärt. Das Abhandlungsgericht hat die Erbserklärungen von B und C angenommen, dagegen jene der A zurückgewiesen, weil in der letztwilligen Anordnung, welche der Notariatsact enthält, der A für den Fall des Ueberlebens nur der Fruchtgenuß des M'schen Nachlasses bedingt vermacht und keineswegs das Recht zur Besitznahme von der ganzen Verlassenschaft oder von einem aliquoten Theil derselben eingeräumt ist, daher die A als Erbin ex testamento im Sinne des §. 532 a. b. G. B. nicht angesehen werden kann. — Auf den Recurs der A verordnete das O. L. G., daß die von derselben auf Grund des Erbvertrages abgegebene Erbserklärung, sobald sie von der A durch die Erklärung, ob sie die Erbschaft unbedingt oder mit Vorbehalt antrete, ergänzt sein wird, von dem Abhandlungsgerichte angenommen und — bei der schon vorhandenen Collision mit den Erbserklärungen von B und C — nach vorgängiger Verhandlung im Sinne des §. 125 des Patentes v. 9. August 1854, Nr. 208, entschieden werde, welcher Theil gegen den anderen als Erbrechtskläger aufzutreten habe. Diese Verordnung wurde damit begründet, daß die A ihre Erbserklärung auf einen der im §. 799 a. b. G. B. bezeichneten Rechtstitel, nämlich auf einen Erbvertrag stützt; daß nach dem §. 122 des Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208 jede in gehöriger Form abgegebene Erbserklärung selbst dann von dem Gericht anzunehmen ist, wenn der Ausweis des Erbrechtstitels noch gar nicht beigebracht wurde, und daß dieser Nachweis auch nachträglich geliefert werden kann; daß mithin die unbedingte Zurückweisung der Erbserklärung der A um so weniger gesetzlich gerechtfertigt ist, als in die Prüfung des Erbrechtstitels und in die Beurtheilung der in dem Notariatsact begründeten Rechte richterlicherseits nicht einzugehen und nur darauf Bedacht zu nehmen war, ob die Erbserklärung in ihrer äußeren Form den gesetzlichen Anforderungen entspreche.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verfügung der zweiten Instanz, weil die Erbserklärung der A, wenn sie in Folge der vom O. L. G. angeordneten Ergänzung mit den gesetzlichen Erfordernissen versehen sein wird, von amtswegen nicht mehr zurückgewiesen, und

nicht schon dermalen bei der Erledigung der Erbserklärung, sondern erst nach ordnungsmäßiger Verhandlung beurtheilt werden kann, welche Rechte auf den Nachlaß des M für die A aus dem notariellen Ehe- und Erbvertrag entspringen.

Nr. 3285.

Abgrenzung des contradictorischen Verfahrens vom officiosen: Einbringung der vom executiven Sequester in seiner genehmigten Rechnung beanspruchten Entlohnung.

Entsch. v. 10. Februar 1869, Nr. 1359 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Iglau v. 15. Juni 1868, Nr. 5646 und des O. L. G. Brünn vom 14. Oct. 1868, Nr. 11357). G. H. 1869, S. 223.

Bei der von B gegen C erwirkten Sequestration einer Liegenschaft wurde A als Sequester bestellt und dessen Verwaltungsrechnung wegen versäumten Anbringens von Mängeln nach §. 101 a. G. O. für genehmigt erklärt. Auf Grund dessen begehrte A die Erlassung des Auftrags an B zur Zahlung von 155 fl., welche er in der genehmigt erklärten, ein Haben des A von 159 fl. ausweisenden Rechnung in Ausgabe (145 fl. Lohn, 10 fl. Kosten der Rechnung) gestellt hatte. Nach Vernehmung des B, welcher die Zahlung mit der Einwendung ablehnte, daß A bei Uebernahme des Amtes als Sequester erklärt habe, dafür keinen Lohn fordern zu wollen, wurde das Gesuch des A von beiden Untergerichten in der Erwägung abgewiesen, daß auf die Einwendung des B nur nach vorgängigem contradictorischen Verfahren erkannt werden könne.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs des A, weil ein rechtskräftiger, executionsfähiger Spruch des Richters gegen B nicht vorliegt und nur im ordentlichen Rechtsweg ergehen kann; weil auf Grund der gesetzlichen Vorschrift, daß der Executionsführer die Kosten der Execution vorschußweise zu bestreiten habe, der Zahlungsauftrag an B nicht zulässig ist, indem jene Vorschrift nur auf die zur Einleitung der Execution nothwendigen, keineswegs auch auf die erst nach durchgeführter Execution sich ergebenden Kosten sich bezieht, bei denen erst noch zu erwägen ist, ob sie nicht, als Vorzugspost, aus der Executionsmasse zu bestreiten sind; weil im vorliegenden Fall der Zahlungsauftrag an B umsoweniger erlassen werden kann, als der Sequester A, ohne die Anordnung des §. 296 a. G. O. bezüglich des Erlages der Nutzungen zu beachten, über dieselben disponirt hat; weil endlich daraus, daß die von A gelegte Rechnung wegen versäumter Frist zur Bemängelung für genehmigt zu halten ist, auch nicht folgt, daß dem Sequester der von ihm für seine Mühewaltung darin willkürlich angesetzte Betrag von dem Executionsführer sofort gezahlt werden muß.

Nr. 3286.

Exceptio rei judicatae: eadem res? eadem persona?

Entsch. v. 11. Februar 1869, Nr. 11967 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 31. März 1868, Nr. 16714 und des O. L. G. Wien vom 10. Sept. 1868, Nr. 13670). G. H. 1869, S. 188.

A belangte unter Vertretungsleistung seiner „an der Erhaltung seines Vermögens interessirten" Ehefrau den B auf Zurückzahlung einer Darlehensschuld von 9377 fl., welche nach seiner Anführung durch Hingabe

von Oedenburger Eisenbahnactien nach dem Cours von 91 im Betrag von	2002 fl.
von Nationalanlehens-Obligationen nach dem Cours von 108 im Betrag von	5250 fl.
und von Metalliques nach dem Cours von 85 im Betrag von	2125 fl.
	9377 fl.

entstanden ist. Der Beklagte setzte die Einrede der entschiedenen Sache entgegen, weil A gegen ihn bereits vor 7 Jahren die Klage auf Zahlung einer Darlehensschuld von 15.690 fl., welche nach seiner damaligen Anführung aus der Hingabe von 313 fl. in Baarem, eines Acceptes des B von 6000 fl. und der ganz so wie in der heutigen Klage berechneten Oedenburger Eisenbahnactien, Nationalanlehens-Obligationen und Metalliques im Betrag von 9377 fl. entstanden war, angestellt hat und damit abgewiesen worden ist. A bestritt die Zulässigkeit dieser Einrede, weil die erste Klage ein verbrieftes Darlehen zum Gegenstand gehabt habe, während der zweiten Klage ein unverbrieftes Darlehen zum Grunde liege; weil es sich bei der letzteren zunächst um Zurückstellung von Werthpapieren, eventuell um Zahlung ihres Werthes handle; weil er im früheren Proceß nur wegen Formfehler sachfällig geworden sei; endlich weil er im heutigen Rechtsstreit mit seiner Frau einschritt, welche dem ersten Proceß fern geblieben war. Aus den vorgelegten Acten ergab sich, daß in der früheren Klageschrift ein verbrieftes Gelddarlehen als Klagegrund angeführt wurde, daß aber A in der Replik zugab, daß die Schuld in der oben bezeichneten Weise (313 fl. baar, 6000 fl. Accept, 9377 fl. Papiere) entstanden sei; die Urtheile der ersten und zweiten Instanz lauteten dahin, daß das Klagebegehren nicht statt habe; nach den Motiven des erstgerichtlichen Erkenntnisses — jene der zweiten Instanz wurden nicht producirt — erfolgte die Abweisung des Klägers wegen des Widerspruchs in seinen Anführungen. — Von beiden Untergerichten wurde der exceptio rei judicatae stattgegeben. Gründe: Beide Klagen sind auf die Zurückzahlung eines Darlehens gerichtet, bei welchem die Valuta in gleichen Quantitäten von Werthpapieren derselben Gattung, zu dem gleichen Cours berechnet, bestanden hat und die Ver-

fallzeit des Darlehens auf den nämlichen Tag lautet. Dazu kommt noch, daß die in der ersten Klage aufgeführten Abschlagszahlungen des Beklagten in der Zeit und in den Beträgen derselben genau den auch in der zweiten Klage bezeichneten a Contozahlungen entsprechen. Die Uebereinstimmung aller Daten deutet darauf hin, daß es sich um ein und dasselbe Darlehen handelt; und es könnte die Identität der Forderungen nur dann bezweifelt werden, wenn der Beklagte vom Kläger mehrmals Werthpapiere der bezeichneten Art erhalten hätte, was aber der Erstere ableugnete und der Letztere nicht bewies. Bei der Identität der Forderung ist der Umstand, daß im zweiten Proceß dem Kläger dessen Gattin beigetreten ist, von keinem Belang.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers, worin er noch geltend machte, daß er nach dem Wortlaut der Urtheile im ersten Proceß („das Klagebegehren habe nicht Statt") damals nicht definitiv abgewiesen worden sei, wurde von dem obersten Gerichtshof mit Bezugnahme auf die obigen Motive der unteren Instanzen verworfen und beigefügt, daß der Kläger nicht blos derzeit, daher definitiv abgewiesen worden sei.

Nr. 3287.

Tod eines der Streitgenossen, denen ein Eid deferirt ist: Berücksichtigung dieses Umstandes im Urtheil.

Entsch. v. 11. Februar 1869, Nr. 12116 (Best. des Urth. des B. G. Tulln v. 31. Dec. 1867, Nr. 3550, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 11. Sept. 1868, Nr. 11723). G. Z. 1869, Nr. 30.

In der Rechtssache der Eheleute A wider die Eheleute B hatten erstere in der Replik den beiden letzteren den Haupteid über eine entscheidende Thatsache aufgetragen. In der Duplik erwähnte der Ehemann B, daß seine Gattin inzwischen gestorben sei und er allein den Eid annehmen und ablegen werde. — Die erste Instanz, welche als Abhandlungsbehörde amtlich in Kenntniß von dem Tode der B war, erkannte auf den von dem B allein seines Wissens und Erinnerns negativ abzulegenden Haupteid, „da er, dessen Gattin vor einiger Zeit mit Tod abgegangen ist, den ihm aufgetragenen, die Streitsache entscheidenden Haupteid ausdrücklich angenommen hat". Die zweite Instanz trug den Haupteid beiden Geklagten auf. Gründe: Der Eid ist so aufzutragen, wie er in den Satzschriften angeboten wurde, nämlich beiden Geklagten, indem für den Fall, als Jemand vor Ablegung eines ihm zuerkannten Eides stürbe, durch den §. 233 G. O. und das Hofdecret vom 15. Juli 1784, J. G. S. Nr. 317, vorgesehen ist, und das letztere auch den Fall voraussetzt, daß der Tod der Partei noch im Laufe des Processes, vor dem Urtheile eingetreten ist. — In

seiner Revisionsbeschwerde berief sich B vorzüglich auf das Wort „zuerkannt“ im §. 233, wonach dieser Paragraph nur davon handle, wenn bereits ein Urtheil auf den Eid erging, und dann die Partei starb, weshalb auch das den §. 233 erläuternde Hofdecret vom 15. Juli 1784 höchstens auf den Fall ausgedehnt werden könne, wenn eine Partei zwar vor dem Urtheile, aber doch nach geschlossenem Verfahren, nicht aber überhaupt im Laufe des Processes gestorben ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Urtheil in der Erwägung, daß einerseits B schon in der Duplik erwähnte, daß seine Gattin gestorben sei, und er den ihr und ihm aufgetragenen Haupteid allein angenommen hat, wogegen die Kläger nichts erinnerten, da sie keine Schlußschrift einbrachten, andererseits aber die durch den Haupteid zu erprobende Thatsache nur von B allein ausging, ohne daß seine Gattin daran Theil nahm, von der nicht einmal behauptet wird, daß sie dabei zugegen war und davon Kenntniß hatte.

Nr. 3288.

Cession einer getilgten, aber noch nicht gelöschten Hypothekarforderung.

Entsch. v. 11. Februar 1869, Nr. 12237 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Krakau v. 9. Juli 1867, Nr. 10865 und des O. L. G. Krakau vom 5. Februar 1868, Nr. 20717). G. H. 1869, S. 421.

A hat die auf seinem Gut intabulirte Forderung von 6035 fl. des C demselben bezahlt und von ihm die mit der Löschungsbewilligung versehene Quittung erhalten. Vor Ueberreichung des Löschungsgesuches wurde aber für den B, Gläubiger des C, das Pfandrecht auf die Satzforderung intabulirt und deshalb die von A nachher begehrte Löschung abgeschlagen. Nun trat A gegen B klagend auf, um die Löschung durchzusetzen, und von beiden Untergerichten nach dem §. 469 a. b. G. B. abgewiesen, ergriff er die a. o. Revisionsbeschwerde, worin er mit Berufung auf den §. 1394 ebendort geltend machte, daß die Rechte des C mit jenen des Beklagten identisch waren, daher gleichzeitig erloschen seien.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Beschwerde. Gründe: Die Vorschrift des §. 1394 a. b. G. B. kann hier keine Anwendung finden, da eine im Grundbuch nicht gelöschte Forderung noch immer Gegenstand der weiteren Uebertragung bleibt, weil das Vertrauen auf den Inhalt der öffentlichen Bücher vielmehr die Annahme rechtfertigt, daß eine noch verbuchte Forderung auch wirklich bestehe.

Nr. 3289.

Habitatio: Besitzstörung durch Aufnahme von Personen in die Wohnung?

Entsch. v. 16. Februar 1869, Nr. 657 (Best. des Decr. des B. G. Königgrätz v. 6. Sept. 1868, Nr. 8762, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Oct. 1868, Nr. 31831). G. Z. 1869, Nr. 53. G. H. 1869, S 296.

Die A hatte im Wege der executiven Feilbietung ein Haus erstanden, worauf zu Gunsten der B unter Anderem das Recht zur lebenslänglichen Benützung einer Stube einverleibt ist, welches in den Licitationsbedingnissen dem Ersteher überbunden wurde. Weil nun, während das Haus leer stand, nebst der B auch der Eidam und der Enkel der B sich in selbem einquartiert hatten, belangte die A alle drei wegen Besitzstörung, wogegen Letztere einwendeten, daß die B mit ihrer Wohnung frei verfügen, daher auch andere Personen in selbe aufnehmen könne, zumal ihre Angehörigen zu ihrer — einer alten kränklichen Frau — Pflege nothwendig sind. — Die erste Instanz wies das Begehren, so weit es gegen die B gerichtet war, ab, — wogegen keine weitere Beschwerde von der Klägerin erhoben wurde — gab demselben jedoch bezüglich des Eidams und des Enkels der B statt, weil das Recht des Eidams, das Haus zu benützen, durch dessen executiven Verkauf erloschen sei und der Umstand, daß die B ein Recht hat, daselbst zu wohnen, und daß sie angeblich wegen Kränklichkeit Personen zu ihrer Pflege bedarf, nicht beachtet werden könne, nachdem im Ausgedingsvertrage das Wohnungsrecht ihr nur für ihre Person eingeräumt worden ist. — Die zweite Instanz erkannte, daß auch nicht der Eidam und Enkel sich einer Besitzstörung schuldig gemacht haben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die abändernde Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Da durch das von keiner Seite angefochtene erstrichterliche Erkenntniß die B im Besitze der Ausgedingswohnung geschützt ist, so muß die Besitzstörungsklage auch bezüglich ihres Schwiegersohnes und ihres Enkels abgewiesen werden, weil die Besitzergreifung, welche die Störung begründen soll, überhaupt nur auf Grund der Ausgedingsberechtigung der B geschah und keineswegs abgesonderte Handlungen der Geklagten vorliegen, das der Klage zu Grunde liegende Factum daher nicht in mehrere verschiedene Acte abgetheilt werden kann. Der Act der Besitzergreifung ist vielmehr nur durch die B auf Grund ihres Ausgedingsrechtes geschehen und die beiden anderen Personen sind von ihr nur in diese Wohnung mit- und aufgenommen worden, keineswegs aber haben dieselben selbstständig diese Wohnung occupirt. Es handelt sich also bezüglich der letzteren nicht um einen abgesonderten von ihnen gegen den Realitätenbesitzer begangenen Besitzstörungsact, sondern nur um die Beurtheilung der Rechtsfrage, ob die B berechtigt war, ihren Schwiegersohn und Enkel

in ihre Ausgedingswohnung mit aufzunehmen, ob ein Gebrauch- oder Nutznießungsrecht der Wohnung vorliege; die Rechtsfrage kann aber im Besitzstörungswege nicht ausgetragen und entschieden werden. In der Art, wie die Klage gestellt ist, muß daher das Begehren derselben auch bezüglich dieser zwei Personen abgewiesen werden, da anerkannt ist, daß die B eine Besitzstörung durch das Beziehen ihrer Ausgedingswohnung nicht begangen hat. Eine Klage, welche darauf gerichtet wäre, daß sie durch Aufnahme obiger beiden Personen in ihre Wohnung eine Besitzstörung begangen habe, liegt nicht vor. Allein, selbst wenn die vorliegende Rechtssache in diesem letzteren Sinne aufgefaßt werden könnte, würde es sich doch wieder nicht um eine Thatfrage, sondern blos um die Frage handeln, ob die Ausgedingsinhaberin zu einer solchen Aufnahme berechtigt sei oder nicht, welche Frage auch wieder auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen werden müßte.

Nr. 3290.

Gesuch um Hemmung einer angedrohten aber noch nicht angesuchten Execution.

Entsch. v. 16. Februar 1869, Nr. 1533 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 24. Nov. 1868, Nr. 108331, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 2. Dec. 1868, Nr. 23480). G. Z. 1869, Nr. 83.

A, welcher seinen Gläubiger B im Sinne des Hofdcr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145, wegen Erlöschung des aus rechtskräftigen Zahlungsauflagen für B entstandenen Executionsrechtes belangte und die Erlöschung durch glaubwürdige Urkunden (Annahme einer Abfindungssumme von 30 Proc.) nachwies, stellte unter einem die Bitte, daß bis zur Entscheidung dieses Processes mit der Bewilligung jeder Execution, die der Beklagte auf Grund der erwähnten Zahlungsauflagen während des Rechtsstreites begehren mag, innegehalten werde. — Diesem in erster Instanz abgewiesenen Gesuche hat das O. L. G. stattgegeben, da es dem Sinne des citirten Hofdcrs. entspricht, daß Derjenige, gegen welchen das Executionsrecht seines Gläubigers aus gerichtlichen Erkenntnissen durch denselben nachgefolgte Thatsachen erloschen ist, wenn er die Einleitung von Executionsschritten auf Seite des Gegners besorgt, berechtigt sei, wider ihn unter Vorlage vollen Glauben verdienender Urkunden, wodurch die Erlöschung des Executionsrechtes erwiesen wird, die Einstellung allenfallsiger Executionsschritte schon in vorhinein zu erwirken.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Erwägung, daß das Hofdcr. vom 22. Juni 1836, Nr. 145, von einem Rechtsmittel gegen eine bereits unternommene Executionsführung handelt; daß übrigens im vorliegenden Fall in dem vom Kläger producirten Brief

des Beklagten, worin mit gerichtlichen Schritten „zur Hereinbringung einer Forderung von 1258 fl.“ gedroht wird, wogegen der Kläger eben sich zu schützen gedenkt, jene Zahlungsauflagen, deren Executionsfähigkeit nach der Anführung in der Klage des A erloschen sein soll, nicht citirt sind, mithin unter allen Umständen (ohne auf die Beurtheilung der von ihm beigebrachten Urkunden eingehen zu müssen) die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Schlußsatzes des citirten Hofdecretes fehlen.

Nr. 3291.

Tod eines der Streitgenossen, denen ein Eid deferirt ist, nach dem Urtheil.

Entsch. v. 16. Februar 1869, Nr. 1574 (Best. des Decr. des B. G. Jaromier v. 15. Sept. 1868, Nr. 5163, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 25. Nov. 1868, Nr. 36277). G. Z. 1870, Nr. 58.

In der Rechtssache der Eheleute A gegen B pto. Zahlung von 315 fl. war auf den vom Beklagten zum Beweis der Zahlung den Klägern aufgetragenen Haupteid erkannt worden, den diese antraten. Darauf starb der Ehegatte A und dessen Witwe, welche den Eid geleistet hatte, begehrte nun das Erkenntniß, daß der Eid auch als von ihrem Ehemann abgeschworen zu halten sei. Das Gericht erster Instanz hat nach gepflogener Verhandlung das Begehren abgewiesen. — Das O. L. G. erließ das von A geforderte Erkenntniß und zwar aus folgenden Gründen: Es handelt sich hier nicht um die Entscheidung (wie die erste Instanz in den Motiven ausführte), daß der Eid, gemäß Hofdecr. v. 5. März 1795, J. G. S. Nr. 222, auch als von dem A abgelegt erkannt werde, sondern nur um den Ausspruch, daß der den Eheleuten A im Urtheil auferlegten Verpflichtung in Betreff des Eides Genüge geleistet wurde und daß die auf den Fall der rechtzeitigen Antretung und Ablegung des Eides gesetzten Folgen eingetreten seien, obgleich die A allein denselben abgeschworen hat. Nun ist schon mit dem eidlichen Widerspruch der A allein die Rechtsfolge begründet, daß der Beklagte die eingewendete Zahlung nicht bewiesen hat, und ihr Eid muß umsomehr als genügend betrachtet werden, da der Beklagte gar nicht behauptete, dem A insbesondere eine Zahlung geleistet zu haben, und da der Eid den Eheleuten A überhaupt und ohne ausdrücklich Beide zu dessen Antretung und Ablegung zu verbinden, aufgetragen wurde, daher es sich blos um den eidlichen Widerspruch gegen eine an sich nicht trennbare Thatsache handelt, für welchen der Eid auch nur eines Theiles genügt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz. Gründe: Nachdem der Eid beiden Ehegatten A aufgetragen wor-

den ist, kann nach Wort und Sinn des Urtheils der nur von der A abgeschworene Eid nicht auch für ihren Ehemann als abgelegt gehalten werden, weil, abgesehen von der Möglichkeit, daß sie von der betreffenden Thatsache gar keine Kenntniß hatte und ihr Gatte davon wußte, welcher dann den Eid nicht hätte ablegen können, es hier nur auf die Frage ankommt, ob der von dem A abzulegende, allein wegen dessen Tod nicht abgeschworene Eid als geleistet anzusehen sei oder nicht, welche Frage aber — wie aus dem Appellationsrecurs gegen die erstgerichtliche Entscheidung hervorgeht — nicht direct Gegenstand der Verhandlung gewesen ist.

Nr. 3292.

Haftung für das Verschulden eines Bediensteten.

Entsch. v. 17. Februar 1869, Nr. 12256 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 14. Februar 1868, Nr. 70441 und des O. L. G. Wien v. 2. Sept. 1868, Nr. 14791). G. Z. 1869, Nr. 34.

A befand sich in einem Gewölbslocale, wo eine Gasausströmung stattfand, als der von der Gasgesellschaft B zur Abhilfe gesendete Bedienstete derselben, C, durch unvorsichtige Untersuchung der Ausströmungsstelle mit offenem Lichte eine Explosion herbeiführte, durch welche A eine Verbrennung am Gesichte, Kopfe und Genicke erlitt, die ihm eine längere Krankheit und ein bleibendes Kopf- und Augenleiden zuzog. Auf diesen Sachverhalt gestützt, der durch Zeugen und Sachverständige erwiesen wurde, belangte A die Gasgesellschaft mit einer Schadenersatzklage und schloß derselben das gegen den C erflossene strafgerichtliche Erkenntniß bei, wodurch Letzterer wegen Uebertretung gegen die Sicherheit des Lebens nach §. 335 St. G. verurtheilt worden war. — Beide Untergerichte erkannten zu Gunsten des Klägers.

Der oberste Gerichtshof verwarf die von der geklagten Gesellschaft ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde. Gründe: „Von Seite der geklagten Gesellschaft ist zugestanden worden, daß C von der Gasbeleuchtungsanstalt der Gesellschaft abgeordnet wurde, um der zur Anzeige gebrachten Gasausströmung in dem Verkaufsgewölbe des D abzuhelfen, und vermöge dieses Zugeständnisses wurde mit Recht erkannt, daß die geklagte Gesellschaft für den durch das Gebahren ihres Bediensteten C bei jener Verrichtung entstandenen Schaden ersatzpflichtig sei. Wenn wirklich, wie in der Revisionsbeschwerde geltend gemacht wird, die geklagte Gesellschaft eine Verpflichtung, für die Instandhaltung der von ihr selbst oder von Dritten hergestellten Gasbeleuchtungsvorrichtungen zu sorgen, nicht hat, und eine solche Instandhaltung zu ihrem Gewerbsbetriebe nicht gehört, so kann dies doch an der Beurtheilung des Falles nichts ändern. Denn, gehörte ein Geschäft der erwähnten

Art, nämlich die Abhilfe gegen irgend eine in Folge eines an der Gasbeleuchtungsvorrichtung entstandenen Gebrechens, oder aus einer andern Ursache entstandene Ausströmung überhaupt nicht zum Geschäftsbetriebe der Gasbeleuchtungsanstalt, so hatte diese auch keine Veranlassung und um so minder eine Verpflichtung gehabt, das Geschäft einer solchen Abhilfe zu übernehmen, und hat sie dies gleichwohl gethan, so konnte es auch um so minder anders als unter der im §. 1299 a. b. G. B. ausgedrückten Folge geschehen, daß nämlich die Gasbeleuchtungsanstalt, weil die Ausführung einer solchen Arbeit einige Fachkenntnisse und besondere Vorsicht erfordert, auch den Mangel der erforderlichen Kenntnisse und des gehörigen Fleißes auf Seite desjenigen ihrer Bediensteten, den sie zur Verrichtung dieser Arbeit entsendete, zu vertreten hat. Da die Gasbeleuchtungsanstalt als solche eine Arbeit nicht selbst verrichten, sondern nur zur Verrichtung mittelst ihrer Bediensteten und Arbeiter übernehmen kann, so kann auch in einem solchen Falle zwischen ihr und den von ihr zur Verrichtung der Arbeit gewählten Bediensteten nicht unterschieden werden, vielmehr ist es immer sie selbst, welche, weil sie die Arbeit übernommen, auch die Verantwortlichkeit für deren Vollziehung trifft, welche also auch dafür einzustehen hat, daß ihre verrichtenden Organe diejenigen Kenntnisse besitzen und denjenigen Fleiß anwenden, welche die von der Anstalt übernommene Arbeit ihrer Natur und Beschaffenheit nach erfordert. Aber selbst im Hinblick auf die §§. 1010, 1161 und 1315 a. b. G. B. könnte der Ausspruch der Haftungspflicht der geklagten Gesellschaft für den durch das Vorgehen des C bei der in der Rede stehenden Arbeit verursachten Schaden als Verstoß gegen das Gesetz nicht bezeichnet werden, da denn doch eine Person, welche bei einer so gefährlichen Verrichtung, wie die in Rede stehende, eine so auffallende Sorglosigkeit an den Tag legt, wie es hinsichtlich des C durch das strafgerichtliche Urtheil und durch die Zeugenaussagen erwiesen vorliegt, für ein Geschäft der erwähnten Art als untüchtig bezeichnet werden muß, die geklagte Gesellschaft jedenfalls die Wahl dieser Person zu vertreten hat, und zur Ablehnung dieser Verantwortlichkeit es nicht genügt, sich blos darauf zu berufen, daß man den C für tüchtig und verläßlich gehalten habe. Die weitere Behauptung in der Revisionsbeschwerde, daß in Ansehung des Schadens, welchen die durch Verschulden des C entstandene Explosion angerichtet hat, nur dem Besteller der zu bewerkstelligenden Abhilfe, nämlich dem D, nicht aber auch dem in Folge seiner zufälligen Anwesenheit bei dem Ereignisse zu Schaden gekommenen Kläger ein Ersatzanspruch zustehe, entbehrt jeder gesetzlichen Begründung, da vielmehr nach §. 1295 a. b. G. B. Jedermann, der Schaden erlitten hat, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens zu fordern berechtigt ist, und folglich, da der Schaden auch ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein kann, es sich jedem Ersatzanspruche gegenüber immer nur um den Beweis des Schadens und des die Ersatzpflicht begründenden Verschul-

dens des um die Ersatzleistung Belangten handelt. Es kann mithin in den gleichförmigen Erkenntnissen der Untergerichte eine Gesetzwidrigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht erkannt werden.

Nr. 3293.

Zwangsveräußerung einer Liegenschaft: Officiose Einführung des Erstehers in den Besitz von in dritter Hand befindlichen Bestandtheilen derselben.

Entsch. v. 17. Februar 1869, Nr. 338 (Best. des das Decr. des K. G. Rzeszow v. 21. Februar 1868, Nr. 64, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau vom 12. August 1868, Nr. 13200). G. Z. 1870, Nr. 84. G. H. 1870, S. 294.

Nachdem A das zwangsweise versteigerte Gut X erstanden hatte, wurde der Notar B zur Uebergabe des Gutes an A delegirt. Bei der Uebergabe zeigte sich, daß der frühere Gutseigenthümer mehrere Grundstücke, welche im Schätzungsacte einbegriffen waren, veräußert und bereits an dritte Personen übergeben hatte. Der Notar hat nun in Erwägung, daß A das ganze Gut erstanden, die erwähnten Grundstücke den einzelnen Besitzern abgenommen und dem A übergeben. Hierauf entschied das Executionsgericht, daß die laut des Uebergabeactes im Besitze dritter Personen (des C, D u. s. w.) befindlichen Grundstücke im Sinne des Hofdecretes vom 2. August 1811, J. G. S. Nr. 952 von der Uebergabe ausgeschlossen, die erwähnten Besitzer derselben in ihrem Besitze erhalten, der Ersteher mit seinen Ansprüchen bezüglich jener Grundstücke auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen und der Notar beauftragt werde die besagten Grundstücke in den Besitz der betreffenden Personen wieder zu übergeben, weil in Gemäßheit der citirten Gesetzesvorschrift die physische Besitzübergabe im Executionswege blos gegenüber jener Person durchgeführt werden kann, gegen welche die Execution bewilligt wurde, nicht aber gegenüber dritten Besitzern, gegen die kein Besitzrecht erlangt worden ist. — Das O. L. G. hob die erstgerichtliche Verfügung auf, in Erwägung, daß die einzelnen an Dritte veräußerten Grundparcellen Bestandtheile des Gutes Dabrowice bilden, welches in der Landtafel seine Einlage hat; daß sonach die ohne Zustimmung der Hypothekarschuldner und ohne Einwilligung der zuständigen politischen Behörde bewirkte Veräußerung der einzelnen Bestandtheile des landtäflichen Gutes nach dem kais. Pat. vom 1. Sept. 1798, J. G. S. Nr. 432 rechtsungiltig ist; daß im Sinne des Hofdecretes vom 22. April 1803, Nr. 1139, bei der zwangsweisen öffentlichen Feilbietung zwischen dem Gerichte und dem Licitanten ein Kaufvertrag zu Stande kommt, mithin dem Gerichte als Verkäufer die Verpflichtung obliegt, in Gemäßheit der Licitationsbedingnisse dem Ersteher

den Feilbietungsgegenstand zu übergeben, sobald der letztere seine Verpflichtung bezüglich des Kaufschillings erfüllt hatte; daß der Ersteher blos die Lasten und Verpflichtungen zu übernehmen hat, welche ihm mit dem Feilbietungsedicte auferlegt worden sind, folglich die Uebergabe des Kaufgegenstandes vom Gerichte in Folge von Ansprüchen dritter Personen, die auf ungiltige Acte gestützt sind, nicht verweigert werden kann.

Auf den Recurs des C, D u. s. w. hat der oberste Gerichtshof die obergerichtliche Entscheidung bestätigt: in Erwägung, daß der Ersteher, welcher den Licitationsbedingungen nachgekommen ist, nach dem Hofdecr. v. 22. April 1803, Nr. 1139, das Recht hat, die Uebergabe des erstandenen Gutes zu verlangen, und das Gericht dasselbe lastenfrei zu übergeben hat; daß das im Executionswege veräußerte Gut dem Ersteher nach dem Kataster und nach topographischen Zahlen, wie es eben als Dominicalgut eingetragen war, übergeben worden ist, worin eben die Gewißheit liegt, daß blos die wirklichen Bestandtheile des Gutes X übergeben wurden; daß der frühere Eigenthümer im Sinne des Hofdecr. v. 1. September 1798, J. G. S. Nr. 432 zur Veräußerung der einzelnen Gutsbestandtheile ohne Zustimmung der Hypothekargläubiger und ohne Einwilligung der politischen Behörde nicht berechtigt war und, da keiner der Recurrenten als Eigenthümer der gekauften Grundparcellen intabulirt ist, auch nicht behauptet werden kann, daß sich die Execution auf diese Parcellen nicht erstrecke; daß die einzelnen Veräußerungsacte im Zuge des Executionsverfahrens stattfanden, daß also den Recurrenten bekannt sein mußte, daß der Gutseigenthümer über die Substanz nicht mehr verfügen und das Tabulargut auch nicht theilen dürfe; daß der Realcredit gänzlich vernichtet werden würde, wenn der Ersteher eines im Licitationswege veräußerten Gutes die bereits im Executionszuge vom Eigenthümer verkauften Grundparcellen erst im besonderen Rechtswege zu vindiciren hätte.

Nr. 3294.

Antretung eines zwei Streitgenossen zugeschobenen Eides durch den Einen, Zurückschiebung durch den Andern.

Entsch. v. 17. Februar 1869, Nr. 1375 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 27. Oct. 1868, Nr. 53551 und des O. L. G. Wien vom 16. Dec. 1868, Nr. 24001). G. Z. 1869, Nr. 39.

A belangte B und C, Erben des M, auf Zahlung seines Lohnes für Geschäftsbesorgung zu Gunsten des Erblassers, und wurde ihm dieser Lohn gegen Schätzungseid zugesprochen, wenn die beiden Geklagten den Haupteid nicht ablegen würden dahin, daß ihres Wissens

und Erinnerns der Erblasser dem A die fraglichen Geschäfte nicht aufgetragen und er sie nicht vollführt habe. B trat diesen Eid an, C aber nicht, worauf der Kläger A denselben als rückgeschoben gleichfalls antrat. — Nach gepflogener Verhandlung hat die erste Instanz, in Erwägung, daß nach dem rechtskräftigen Urtheile der sententionirte Haupteid von beiden Geklagten anzutreten war, widrigens derselbe für stillschweigend zurückgeschoben zu halten ist; ferner daß der nicht von beiden Geklagten, sondern von B allein angetretene Eid als nicht urtheilsmäßig angetreten, sondern vielmehr als dem Kläger zurückgeschoben erscheint, das Gesuch des B zurückgewiesen und den A zur Ablegung desselben, sowie des Schätzungseides zugelassen. — Das O. L. G. bestätigte diese Entscheidung in Anbetracht, daß der Haupteid beiden Geklagten aufgetragen wurde; daß gerade in materieller Beziehung auf die Verlassenschaft beide zusammen den Erblasser repräsentiren; daß demnach die nur von einem Miterben erfolgte Eidesantretung nicht dem materiellen Rechte und dem Urtheile entspricht.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Revisionsrecurs des B in der Erwägung, daß zu den bereits von obigen Behörden angeführten Gründen auch noch jener tritt, daß es sich von Seite der Geklagten, als Erben, um den eidlichen Widerspruch einer durch den Erblasser M vom Kläger verlangten und von ihm vollzogenen Leistung handelt, welcher Widerspruch somit nicht etwa blos von Einem der Geklagten, dem diese Thatsache unbekannt ist, geschehen darf.

Nr. 3295.

Besitzstörung durch Verpachtung?

Entsch. v. 17. Februar 1869, Nr. 1534 (Best. des das Urth. des B. G. Lilienfeld v. 24. Sept. 1868, Nr. 1656, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 19. Nov. 1868, Nr. 21823). G. Z. 1870, Nr. 59. G. H. 1869, S. 158.

Die Gemeinde B verpachtete nebst ihrer Parcelle auch eine von der Gutsinhabung A als Eigenthum angesprochene Grundparcelle. Von der letzteren deshalb in possessorio summariissimo geklagt, vertheidigte sich die Gemeinde B mit der Ausführung, daß auch die streitige Parcelle im Grundbuche und im Kataster auf ihren Namen eingeschrieben erscheine, daß von den früheren Pächtern der Gemeindeparcelle der Zins auch für den Genuß der streitigen Parcelle bezahlt wurde, wenn gleich diese in allen Rechtsverträgen der Gutsinhabung über ihre daran angrenzende Mühlrealität, als von ihr mit der Mühle verpachtet angeführt wurde. — Die erste Instanz erkannte auf Abweisung des Begehrens der Gutsinhabung; das O. L. G. gab demselben statt. — In dem Revisionsrecurs der Geklagten wurde unter

Anderm geltend gemacht, daß in der bloßen Verpachtung noch keine Störung liege, welche erst durch die Pächter der Gemeinde gegen die Pächter der Gutsinhabung factisch verübt werden konnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das obergerichtliche Erkenntniß und bemerkte, daß schon in der Verpachtung des Grundstückes durch die Gemeinde eine Störung des Besitzes der Gutsinhabung lag, indem dadurch in das seit Jahren factisch ausgeübte Verpachtungsrecht der Gutsinhabung eingegriffen und dasselbe beeinträchtigt wurde.

Nr. 3296.

Meistgebotsvertheilung: Vorzugsrecht der Forderung einer Landesversicherungsanstalt.

Entsch. v. 17. Februar 1869, Nr. 1648 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Grein v. 30. Oct. 1868, Nr. 848 und des O. L. G. Wien vom 23. Dec. 1868, Nr. 24759). G. H. 1869, S. 130.

Bei der Vertheilung des Meistgebots für ein im Executionswege verkauftes Haus wurde die vom k. k. Steueramt in Grein angemeldete Assecuranz-Beitragsforderung der oberösterreichischen wechselseitigen Brandschaden-Versicherungsanstalt per 84 fl. von beiden Untergerichten als Vorzugspost behandelt, vom O. L. G. mit der Begründung, daß die Assecuranzbeiträge zwar auf privatrechtlichem Titel beruhen, daß sie aber, nachdem der Assecuranzvertrag mit dem oberösterreichischen Landesausschuß geschlossen worden ist, den unbestreitbar ein Vorzugsrecht genießenden Landesconcurrenzbeiträgen gleichgestellt erscheinen, da sie vom Landesausschuß in Vertretung des Landes ausgeschrieben und eingehoben werden. — Gegen diese Entscheidungen wurde der a. o. Revisionsrecurs ergriffen und ausgeführt, daß die erwähnte Assecuranzanstalt nach §. 1 ihrer Statuten ein Verein von Gebäudebesitzern zur wechselseitigen Versicherung, wie das O. L. G. selbst anerkenne, nur ein Verein von Privaten sei; daß die Statuten den Assecuranzbeiträgen ein Pfand- oder Vorzugrecht auf die versicherte Realität nicht einräumen, und daß nur zur Ersparung von Verwaltungskosten die k. k. Steuerämter beauftragt seien, die von den Vereinsmitgliedern zu zahlenden Assecuranzbeiträge zugleich mit den Steuern einzuheben; daß aber dieselben hiedurch nicht den Charakter der Steuern erhalten, welche aus dem öffentlichen Recht fließen, wogegen die erwähnten Versicherungsbeiträge auf dem Privatrecht beruhen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit der Begründung, daß die fraglichen Assecuranzbeiträge bei dem Umstand, als die wechselseitige Brandversicherungsanstalt im Erzherzogthum Oesterreich

ob der Enns unter der Leitung der Landesvertretung steht und die Beiträge mit den Steuern eingehoben werden, allerdings den ein gleiches Vorrecht mit landesfürstlichen Steuern genießenden Landesconcurrenzbeiträgen gleichgehalten werden können.

Nr. 3297.

Verbot: Bescheinigung der Forderung.

Entsch. v. 17. Februar 1869, Nr. 1669 (Best. des das Decr. des K. G. Teschen v. 30. Oct. 1868, Nr. 6376, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 1. Dec. 1868, Nr. 14390). G. Z. 1869, Nr. 68.

Das Gesuch des A um Verbotslegung auf Forderungen des B bei einem Dritten war auf die nicht bescheinigte Anführung des A gestützt, daß er in Folge mündlichen Vertrages mit B Erd- und Mauerarbeiten an der X-Eisenbahn gegen Belohnung ausgeführt und aus diesem Grunde von demselben 2079 fl. zu fordern habe.

Das Verbot wurde in erster Instanz gegen Caution bewilligt, vom O. L. G. hingegen abgeschlagen, und der oberrichterliche Bescheid aus dessen Gründen von dem obersten Gerichtshofe bestätigt. Gründe der zweiten Instanz: Der §. 283 a. G. O. räumt nur dem „Gläubiger" das Recht ein, das Verbot anzusuchen. Schon daraus ergibt sich, daß der Verbotswerber sich als Gläubiger ausweisen, daher eine Forderung darthun müsse. Der §. 284 a. G. O. verlangt zur Bewilligung des Verbots Urkunden, die, wenn vom Gegner anerkannt, dessen Forderung vollständig erweisen, und wenn auch der folgende §. 285 gestattet, bei nicht hinlänglichen — im Gegensatz von den im §. 284 bezeichneten — Beweismitteln das Verbot gegen Caution zu bewilligen, so ist aus dieser Gesetzesstelle doch nur zu entnehmen, daß auch zur Verbotsbewilligung gegen Caution Beweismittel erforderlich sind, wodurch sich der Verbotswerber als Gläubiger des Gegners legitimirt. Es konnte daher auf die mit nichts bescheinigte bloße Anführung des A, gegen B die obige Forderung von 2079 fl. zu haben, das Verbot auch nicht gegen Caution bewilligt werden.

Nr. 3298.

Vermächtniß unter der Bedingung „sittlichen Betragens".

Entsch. v. 18. Februar 1869, Nr. 10792 (Best. des das Urth. des B. G. Friedau v. 25. Sept. 1867, Nr. 534, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 22. April 1868, Nr. 3335). G. H. 1869, Nr. 316.

Die Erben des M, welcher der B den Fruchtgenuß von einem Haus und einem Capital auf so lange vermacht hatte, als sie sich

sittlich betragen und unverehelicht bleiben werde, belangten die B wegen Erlöschung des Legats, weil sie — was von ihr auch eingestanden wurde — zweimal, in den Jahren 1856 und 1861, in Folge außerehelichen Beischlafs schwanger geworden ist und zwei von verschiedenen Männern gezeugte Kinder zur Welt gebracht hat. Es handelte sich also um die Frage, ob die B dadurch das bedingte Vermächtniß verwirkt habe oder nicht. — Das Gericht erster Instanz bejahte die Frage und erkannte nach dem Klagebegehren, weil von der B, nachdem sie zwei Kinder außer der Ehe geboren, nicht mehr gesagt werden könne, daß ihr Lebenswandel, ihr Betragen sittlich sei. — Die beiden höheren Gerichte trafen die entgegengesetzte Entscheidung. In den von dem obersten Gerichtshof genehmigten obergerichtlichen Motiven heißt es unter Anderm: Die Kläger selbst haben der B den Fehltritt, wodurch sie im Jahre 1856 Mutter wurde, nachgesehen, also das Recht verwirkt, diesen Fehltritt nun in Anschlag zu bringen. Damit ist aber von den Klägern anerkannt, daß ein einzelner Fehltritt nicht schon ipso facto den Eintritt der im Testamente gesetzten Resolutivbedingung herbeiführt. Wenn man aber auch darauf, daß die Kläger den einen Fehltritt verziehen haben und den andern erst nach Jahren bei Gericht zur Sprache bringen, kein Gewicht legen wollte, so ist doch außer Zweifel, daß bei der Qualification des „Betragens", worauf es nach den Worten der Vermächtnißanordnung eben ankommt, nicht ein einzelner Fehltritt, sondern das Betragen der B im Ganzen ins Auge gefaßt werden muß. In dem pfarramtlichen Zeugniß wird nun der Beklagten das Vorhandensein entschuldigender Umstände, ihre Reue, Besserung und sittliches Wohlverhalten bestätigt. Dieses Zeugniß ist nicht nur als beweismachend, sondern als besonders überzeugend anzusehen, weil die Pfarrvorstehung am besten in der Lage, sogar vorzugsweise berufen ist, sich dort, wo es die Uebereinstimmung mit dem Moralprincip gilt, ein Urtheil zu bilden, und weil ihr Urtheil zu Gunsten der B um so beachtenswerther ist, da eine Abweichung von dem allgemeinen Ruf zu Gunsten der bestimmten Person nicht gewagt werden könnte. Angesichts dieses Zeugnisses ist auch anzunehmen, daß im Sinne des von wohlthätiger Absicht gegen die B (wie das Legat an sich beweist) erfüllten Testators vorgegangen wird, wenn bei ihm, sei er auch in der That ein strenger Moralist gewesen, die Geneigtheit zum Verzeihen einzelner Fehltritte vorausgesetzt wird.

Nr. 3299.

Exceptio rei judicatae: Rechtfertigung eines Verbotes mit einem dem Rechtsvorgänger des Verbotlegers eine Forderung zusprechenden Urtheil; Urtheil eines ehemals österreichischen Gerichtes.

Entsch. v. 18. Februar 1869, Nr. 12097 (Best. des das Urth. des B. G. Sterzing v. 5. Sept. 1868, Nr. 2515, aufheb. Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 13. Oct. 1868, Nr. 3409). G. H. 1869, S. 264.

Die A, Erbin ihres Vaters M, hat im Jahre 1868 bei dem B. G. Sterzing gegen den bei Venedig wohnhaften B für eine Forderung des M an B ein gerichtliches Verbot auf Mobilien erwirkt und darauf gegen B bei dem genannten B. G. die Verbotsrechtfertigungsklage angestellt, worin sie den Bestand der Forderung mit dem von ihr beigelegten Urtheil der Prätur Serravalle vom 7. Juli 1854 bewies, durch welches B dem M zur Zahlung derselben condemnirt worden war. B legte die Rechtfertigungsklage mit Berufung auf die res judicata zurück und nach der gemäß §. 35 westg. G. O. gepflogenen Verhandlung wurde vom B. G. Sterzing dem Rückerlag der Klage stattgegeben.

Die beiden oberen Instanzen haben diese Entscheidung aufgehoben und die Verhandlung in der Hauptsache angeordnet. Gründe: Die Execution ausländischer Urtheile in Oesterreich findet nur ausnahmsweise statt, gegen Erfüllung gewisser im Hofdecr. v. 18. Mai 1792, J. G. S. Nr. 16, und den weitern hieher gehörigen Verordnungen vorgeschriebenen Bedingungen, und es hat jedenfalls vorerst das in der Just.-Min.-Verordn. v. 22. Jänner 1853, R. G. Bl. Nr. 13 normirte (Delibations-) Verfahren Platz zu greifen, wobei es keinen Unterschied macht, ob das Land, in welchem das Urtheil erging, zur Zeit der Urtheilsfällung — wie hier — zu Oesterreich gehört habe (was B bei der Einwendung der res judicata hervorhob) oder nicht, weil in dem Fall, daß gegenwärtig die Execution im Ausland angesucht und der Vollzug in Oesterreich begehrt würde, diese Prüfung ohne Weiteres vorausgehen müßte. Auf solche Fälle ist der §. 35 westg. G. O. überhaupt nicht anwendbar, welcher Paragraph nur die Vermeidung eines zweimaligen Erkenntnisses von einem inländischen Gericht in derselben Sache bezweckt. — Nachdem ferner der Verbotsbescheid in Rechtskraft erwachsen ist und dem Verbotswerber die Rechtfertigung des Verbots ermöglicht werden muß, da in der Person des Klägers eine Aenderung eingetreten ist und im Fall eines Streites über die Klagelegitimation derselben im Executionsverfahren nicht geschlichtet werden könnte; nachdem endlich der Klägerin A nicht versagt werden kann, statt der unmittelbaren Execution sich mit dem Verbot zu begnügen, wenn sie sich aussetzt, ihre bereits urtheilsmäßige Forderung einer neuen Liquidation unterziehen zu lassen, — erscheint die vorgebrachte Einrede der res judicata als vollständig ungegründet.

Nr. 3300.

Exceptio rei judicatae: Erneuerung der Klage unter Aenderung des Klagegrundes.

Entsch. v. 18. Februar 1869, Nr. 12594 (Best. des das Urth. des B. G. Hernals v. 17. Juni 1868, Nr. 5730, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 29. Oct. 1868, Nr. 20408). G. Z. 1869, Nr. 71.

Gegen die Klage des A als Cessionar des C wider die Eheleute B pcto. Ersatz eines von C für die Beklagten berichtigten Hauszinssteuerbetrages von 109 fl. erhoben die Letzteren die exc. rei judicatae mit Vorlage des Urtheils, womit die frühere Klage des A gegen sie pcto. Zahlung obiger 109 fl. abgewiesen worden war.

Diese Einwendung wurde vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen verworfen: Nachdem A mit der ersten Klage im eigenen Namen und ohne Erwähnung der Cession des C die Eheleute B belangt und auf den von ihm damals replicando angeführten Umstand, daß C, aus dessen Vermögen die 109 fl. für die Beklagten gezahlt wurden, die Ersatzforderung an sie ihm cedirte, laut den Urtheilsmotiven deshalb keine Rücksicht genommen worden ist, weil der Richter darin eine gesetzwidrige Aenderung des Klagegrundes erblickt hat, so kann nicht gesagt werden, daß über die Stichhältigkeit des geänderten Klagegrundes, welcher damals als gar nicht angeführt betrachtet wurde, bereits durch das frühere Urtheil entschieden worden sei.

Nr. 3301.

Wahlrecht des Hypothekargläubigers.

Entsch. v. 18. Februar 1869, Nr. 61 (Best. des Urth. des B. G. Rakonitz v. 28. Mai 1868, Nr. 6413 Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 19. Oct. 1868, Nr. 21243). G. H. 1869, S. 272. G. Z. 1872, Nr. 19.

Der auf den Grundstücken 1, 2 und 3 mit 100 fl. simultan versicherte A, welchem bei der Vertheilung des Meistgebots auf 1 die ganze Forderung angewiesen wurde, erklärte von dem Meistgebote nur 40 fl. anzusprechen und den Rest dem nachfolgenden Satzgläubiger zur Verfügung zu stellen und belangte wegen dieses Restes von 60 fl. mit der Hypothekarklage die Besitzer der simultan verpfändeten Grundstücke 2 und 3. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagebegehren; das O. L. G. gegen dasselbe, weil A, der nach §§. 466 und 891 a. b. G. B. nur berechtigt ist, von allen oder von einigen der Mitschuldner oder von einem Einzigen das Ganze zu fordern, dieses Wahlrecht ausgeübt, gegen seinen persönlichen Schuldner B (zugleich Besitzer des Grundstückes 1) die ganze Forderung eingeklagt hat und

auf den Erlös aus dem Zwangsverkauf der Parcelle 1 damit angewiesen worden ist, — und gegen die Beklagten einen Anspruch nur dann erheben könnte, wenn er mit seiner Forderung von B nicht befriedigt worden wäre, welcher Fall aber nicht eintrat, nachdem ihm auf dem Kaufschilling von 1 bereits die ganze Forderung angewiesen worden ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Die Besitzer von 1, 2 und 3 sind Hypothekarschuldner der ganzen Forderung des A, welchem ihnen gegenüber das im §. 891 a. b. G. B. bezeichnete Wahlrecht zukommt. Da nun A berechtigt wäre, von jedem der beiden Beklagten, ja selbst von einem derselben die Zahlung der ganzen Forderung aus der von demselben besessenen Pfandsache zu verlangen, so können sie sich nicht für beschwert halten, wenn A von ihnen nur die Zahlung eines Theiles seiner Forderung begehrt, welcher noch dazu dem Verhältnisse des Werthes der Grundstücke 2 und 3 zu dem für das Grundstück 1 erzielten Meistgebote entspricht.

Nr. 3302.

Einfluß des Zwangscourses: Verabredung der Rückzahlung in Ducaten.

Entsch. v. 18. Februar 1869, Nr. 947 (Best. des das Urth. des B. G. Schluckenau v. 8. Oct. 1867, Nr. 3074, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 30. Nov. 1868, Nr. 33975). G. Z. 1869, Nr. 81.

Auf Grund eines im Jahre 1852 ausgestellten Schuldscheines für ein im Jahre 1847 „in österr. Conventionsmünze, Zehn- und Zwanzigkreuzerstücken dargeliehenes Capital von 72 fl. C. M., rückzahlbar in Silberzwanzigern oder Zehnern, oder in 16 vollwichtigen Ducaten nach Wahl des Gläubigers“, begehrte A im Jahre 1868 mit Klage die Zahlung der 72 fl. C. M. in 16 Stück vollwichtigen Ducaten. Der Beklagte wendet ein, nur zur Zahlung der 72 fl. C. M. resp. 75 fl. 60 kr. ö. W. in Papier verpflichtet zu sein. — Die erste Instanz wies den Kläger ab, weil weder von demselben angeführt worden, noch aus dem Schuldschein ersichtlich ist, daß das Darlehen in 16 Ducaten hingegeben wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das dem Klagebegehren stattgebende Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Es handelt sich um die Frage, ob das Darlehen in 16 vollwichtigen Ducaten zurückgezahlt werden muß, oder — gegen den Willen des Gläubigers — auch in Papiergeld gezahlt werden kann. Da der Schuldschein dem Gläubiger das Recht einräumt, die Zahlung in Ducaten zu fordern, so kommt es weiter nur darauf an, ob dieses Recht im Jahre 1852 für ein im

Jahre 1847 gegebenes Darlehen giltig und wirksam stipulirt werden konnte, — und diese Frage muß bejaht werden. Denn schon nach dem Hofdcr. vom 24. April 1816, J. G. S. Nr. 1233 war gestattet, bei einem in Wiener Währung gegebenen Darlehen, dessen Betrag in bestimmten Münzsorten nach dem Cours der Zeit der Hingabe berechnet wird, die Zahlung in diesen Münzsorten zu bedingen. Die Patente vom 1. Juni 1816, J. G. S. Nr. 1248 und 1250 erlauben die Abschließung von schriftlichen Verträgen auf conventions- und andere gesetzmäßige Gold- und Silbermünzen oder auf Papiergeld, und stellen die Noten der Nationalbank dem Metallgelde gleich. Das Hofdcr. vom 28. Februar 1817, J. G. S. Nr. 1322 verordnet, daß in schriftlichen Urkunden abgeschlossene oder abzuschließende Verträge, wenn sie auch ohne Bezeichnung der Münzsorte, nur im Allgemeinen auf Conventionsmünze oder auf gesetzliche Gold- oder Silbermünze lauten, in den gesetzmäßigen Gold- und Silbermünzen erfüllt werden müssen. Die im Finanzministerialerlaß vom 21. Mai 1848, J. G. S. Nr. 1152 zeitweise vorgeschriebenen Zahlungsbeschränkungen haben auf Gold- und ausländische Silbermünze keinen Bezug. Nach dem Patente vom 27. April 1858, R. G. Bl. Nr. 63 sind Zahlungen, die aus einem vor dem 1. November 1858 entstandenen Rechtstitel in einer bestimmten Zahl ausdrücklich bedungener Goldstücke gebühren, in diesen Stücken zu leisten. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß ein im Jahre 1847 gegebenes Darlehen, auch wenn es — wie der Beklagte von dem in Rede stehenden behauptet, der Kläger aber in Abrede stellt und der Schuldschein nicht entnehmen läßt — in Noten der Nationalbank hingegeben worden wäre, auf gesetzliche Gold- oder Silbermünze rechtsgiltig auch im Jahre 1852 umgerechnet und dessen Zahlung in gesetzmäßig umlaufenden Goldmünzen stipulirt werden konnte, und daß diese Stipulation auch rechtswirksam geblieben ist. — Von einer etwaigen Bewucherung kann nach den vorerwähnten gesetzlichen Gestattungen, nach den Coursverhältnissen des Jahres 1847 und nach dem Gesetze vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 62 keine Rede sein.

Nr. 3303.

Rückforderung des Angeldes im Falle der Imperfection des Vertrages.

Entsch. v. 19. Februar 1869, Nr. 291 (Best. des Urth. des B. G. Kuttenberg v. 20. Mai 1868, Nr. 3062, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 9. Sept. 1868, Nr. 20895). G. H. 1869, S. 205. G. Z. 1869, Nr. 44.

A forderte mittelst Klage von B das Angeld von 160 fl. zurück, welches er demselben bei einem Kaufe gegeben hatte. Dieser eine

Wirthschaft betreffende Kauf ist nach der Anführung des A, für die er den Zeugenbeweis antrug, nicht perfect geworden, weshalb er eben nach §. 1435 a. b. G. B. causa non secuta das gegebene Angeld zurückfordert. Nach Aufnahme des Beweises erkannte das Gericht erster Instanz zu Gunsten des Klägers; das O. L. G. verwarf das Klagebegehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Die erste Voraussetzung des Rechtes, das empfangene Angeld zurückzubehalten, ist die vollständige Abschließung des Vertrages, bei welchem das Angeld gegeben wurde. Diese Voraussetzung trifft aber hier nicht ein. Ein Kaufvertrag kann nicht als abgeschlossen betrachtet werden, so lange nicht über die Zahlung des Kaufpreises das Uebereinkommen getroffen worden ist. Im vorliegenden Falle wurde nun zwar die Summe des Kaufpreises bestimmt, allein — wie der A durch seine Zeugen bewiesen hat — zugleich die Zahlung des Kaufpreises in Terminen verabredet und die Bestimmung der Termine einer späteren Uebereinkunft vorbehalten. Diese Einigung ist daher zur Bedingung des Kaufabschlusses gemacht worden, so daß auch die Vorschrift des §. 904 a. b. G. B. (Erfüllung des Vertrages bei unbestimmter Erfüllungszeit) nicht suppletorisch zur Anwendung kommen kann, und da dieselbe, nach der Angabe des Beklagten selbst, nicht erzielt wurde, kann der Kauf nicht als abgeschlossen angesehen werden.

Nr. 3304.

Regreßanspruch einer Versicherungsanstalt gegen den Schadenstifter.

Entsch. v. 19. Februar 1869, Nr. 448 (Best. des Urth. des B. G. Kromau v. 22. Juni 1868, Nr. 3911, Abänd. des Urth. des O. L. G. Brünn vom 21. Oct. 1868, Nr. 11949). G. Z. 1869, Nr. 46. G. H. 1869, S. 172.

Die Versicherungsanstalt A belangte den B auf Zahlung des Ersatzes eines Brandschadens, welchen sie der Gemeinde C hatte leisten müssen. Es war nämlich im Hause des B Feuer ausgebrochen, und dadurch auch in einem benachbarten bei der Anstalt A versicherten Gebäude der Gemeinde Schaden entstanden. Im strafgerichtlichen Verfahren war B wegen Uebertretung gegen die Sicherheit des Eigenthumes verurtheilt worden, und die genehmigten Statuten der Anstalt enthielten die Bestimmung, daß selbe in alle Rechte der von ihr befriedigten Versicherten trete. — Die erste Instanz verurtheilte den Geklagten zur Zahlung aus folgenden Gründen: Der Geklagte bestreitet zwar die Berechtigung der Anstalt zur Klage, allein diese Anstalt ist dadurch, daß sie der Gemeinde den Schaden mit 80 fl. ver-

gütet hat, im Sinne der §§. 1295 und 1042 a. b. G. B. ipso facto berechtigt, die Klage auf Ersatz anzustellen. Sie ist ferner, zufolge der behördlich genehmigten Statuten, §. 8, ermächtigt, ohne gerichtliche Intervention durch ihren Bevollmächtigten oder Agenten mittelst Beiziehung von Sachverständigen den Schaden zu erheben. Diese Begünstigung ist nicht nur für die contrahirenden Theile, sondern auch für den Beschädiger maßgebend, und die Erhebung geschah durch Personen, die vom Gerichte als Sachverständige beeidet waren, und gegen deren Eigenschaft und Persönlichkeit der Geklagte keine Einwendung vorgebracht hat. — Die zweite Instanz wies die Anstalt mit ihrer Klage ab. Gründe: In dem Strafurtheile wurde keineswegs ausgesprochen, daß der Anstalt dem Verurtheilten gegenüber ein Entschädigungsrecht überhaupt zustehe, sondern sie wurde lediglich mit ihren im Strafverfahren gestellten Ersatzansprüchen auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen, und es ist daher erst bei der Entscheidung über gegenwärtigen Rechtsstreit zu erörtern, ob ihr Anspruch gesetzlich gegründet sei. Die Anstalt beruft sich diesfalls auf die Bestimmungen des a. b. G. B. über das Recht des Schadenersatzes und auf den §. 13 ihrer Statuten, wonach alle Rechte und Ansprüche des Versicherten an dritte Personen auf Schadenersatz, kraft der von der Anstalt geleisteten Entschädigung, und bis zum Belaufe derselben auf sie übergehen. Allein nach den im 30. Hauptstücke des II. Theiles des a. b. G. B. ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen steht das Entschädigungsrecht nur Demjenigen zu, welcher unmittelbar durch die rechtsverletzende Handlung den Schaden erlitten hat. Als solcher kann aber nur die Gemeinde betrachtet werden, deren Haus eingeäschert wurde. Wollte der Beschädiger auch jenen Personen gegenüber für ersatzpflichtig gehalten werden, welche mittelbar in Folge der rechtsverletzenden Handlung, welche den unmittelbar Beschädigten getroffen hat, zu Schaden gekommen sind, so würde diese Annahme zu dem ungereimten Schlusse führen, daß der Geklagte, im Falle die Gemeinde durch den erlittenen Brand etwa zahlungsunfähig geworden wäre, auch den Gläubigern der Gemeinde für deren Forderungen an dieselbe ersatzpflichtig würde. Die Verbindlichkeit der Anstalt zur Zahlung der Brandschadenentschädigung an die Gemeinde hat ihren Grund nicht in der strafbaren Handlung des Geklagten — denn sie wäre hiezu auch verpflichtet gewesen, wenn der Urheber des Brandes nicht wäre erforscht worden, oder wenn der Brand zufällig entstanden wäre. Der Grund ihrer Verbindlichkeit liegt vielmehr in ihrem Vertragsverhältnisse zu der Gemeinde, welches auf den Geklagten, welcher dabei nicht betheiligt ist, keinen Einfluß hat. Was die Berufung der Anstalt auf den §. 13 ihrer Statuten betrifft, so wird doch zur Geltendmachung des abgetretenen Rechtes erfordert, daß dasselbe und die daraus sich ergebende Forderung liquid sei, und daß, mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§. 1395 und 1396 a. b. G. B., die Abtretung dem Schuldner

in so rechtswirksamer Weise bekanntgegeben worden sei, daß er der Gefahr nicht ausgesetzt bleibe, wegen derselben Forderung auch von dem Uebertrager belangt zu werden, worüber der Nachweis hier um so nothwendiger erscheint, als der angebliche Cedent — die Gemeinde — sich nicht als Vertretungsleisterin der Proceßführung angeschlossen hat, und als dem Geklagten nicht die Verbindlichkeit zugemuthet werden kann, sich um die Statuten einer Anstalt zu kümmern, zu welcher er in ein Rechtsverhältniß nicht getreten war. Auch die von der Klägerin über die Schadenserhebung beigebrachten Behelfe sind für den Geklagten nicht bindend, weil diese Erhebung ohne seine Benachrichtigung und Intervention und nicht im gerichtsordnungsmäßigen Wege zu Stande gekommen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen: Es ist außer Zweifel, daß der von der Gemeinde erlittene Schaden durch das Verschulden des B entstanden sei, und die Anstalt ist daher nach §. 1395 a. b. G. B. berechtigt, den Schadenersatz zu fordern, welchen sie der Gemeinde leistete, da nach ihren Statuten, §. 13, das diesfällige Recht der Gemeinde auf sie überging. Auch der §. 1042 a. b. G. B. gibt ihr das Recht, für den Aufwand, den sie für B machte, von ihm Ersatz zu fordern, denn dieser hätte nach dem Gesetze selbst zu Gunsten der Gemeinde diesen Aufwand machen müssen. Das Schadenerhebungsprotokoll muß als beweiskräftig angesehen werden, weil die Anstalt nach den Statuten zur Erhebung des Schadens berechtigt ist.

Nr. 3305.

Compromiß: Bestellung von zwei Schiedsrichtern; Vorgang beim Nichtzustandekommen einer Einigung.

Entsch. v. 23. Februar 1869, Nr. 12446 (Best. des das Urth. des L. G. Bozen v. 9. Juli 1868, Nr. 1783, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 18. Oct. 1868, Nr. 3486). G. Z. 1869, Nr. 79.

In einem Bauunternehmungsvertrage wurde zwischen den Parteien vereinbart, daß alle Streitigkeiten mit Ausschluß jeder richterlichen Ingerenz durch den Ausspruch von zwei Schiedsrichtern, wovon jede Partei einen wählt, inappellabel entschieden werden sollen. Als sich später Streitigkeiten aus diesem Vertrage erhoben, wurden die zwei Schiedsrichter zwar erwählt, konnten sich aber nicht einigen, sondern gaben schriftliche Erklärungen ab, die einander diametral entgegengesetzt waren. Deshalb trat der Bauübernehmer A gegen den Bauüberlasser B beim ordentlichen Gerichte mit der Klage wegen einer aus obigem Vertrage entspringenden Forderung von 11.493 fl. auf. Der

Bauüberlasser B wurde mit seiner in der Einrede erhobenen Einwendung, daß der Gegenstand des Streites vor die Schiedsrichter gehöre, weswegen der Civilrichter unzuständig sei, in beiden Instanzen zurückgewiesen, dagegen aber auch in merito die Klage des A als unstatthaft erkannt. Nun trat der B gegen A mit einer aus obigem Vertrage entspringenden Forderung pr. 1579 fl. 66 kr. ebenfalls beim ordentlichen Richter auf. Dagegen brachte A die Widerklage ein, worin er die Durchführung der schiedsrichterlichen Entscheidung für die aus dem Bauvertrage entstehenden Streitigkeiten anspricht und das Begehren stellt: für den Fall, als weder die Parteien, noch die zwei erwählten Schiedsrichter binnen 14 Tagen nach Rechtskraft des Urtheils sich über die Wahl eines Obmannes einigen können, sei es sowohl dem Kläger als dem Geklagten freigestellt, die Bestellung des Obmannes mit einem Gesuche durch den ordentlichen Richter zu veranlassen; der wie immer bestellte Obmann habe sich bei der Verhandlung an die processualischen Bestimmungen des mündlichen Verfahrens zu halten, und dessen Entscheidung habe für die Parteien bindende Kraft. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf Abweisung der Widerklage aus folgenden Gründen: Ein Vertrag auf Schiedsrichter ist ein Vergleich, der, weil er eine Ausnahme von den gewöhnlichen Proceßregeln enthält, streng ausgelegt werden muß. Der Fall, daß die zwei Schiedsrichter möglicherweise nicht übereinstimmen könnten, war von den Parteien leicht vorauszusehen; aus der Unterlassung einer Verfügung für diesen Fall muß also gefolgert werden, daß die Parteien dann die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters eintreten lassen wollten. Uebrigens haben die Schiedsrichter thatsächlich die schiedsrichterliche Entscheidung schon erlassen, aber so verschieden, daß ihr Ausspruch für die Parteien nicht bindend sein kann. Ebenso haben die Parteien durch die Uebertragung der Entscheidung auf die Schiedsrichter thatsächlich alles geleistet, was sie nach dem Compromisse zur Durchführung der schiedsrichterlichen Entscheidung zu leisten hatten; zu einem Mehr kann folglich B nicht verpflichtet sein. Die Behauptung, daß die zwei Schiedsrichter von den Parteien stillschweigend die Befugniß erhielten, einen dritten Schiedsrichter als Obmann zu wählen, ist Angesichts der klaren Bestimmung des §. 1008 a. b. G. B. durchaus unrichtig, und die vorgeschützte Analogie mit den processualischen Bestimmungen des Kunstbefundes rechtlich nicht begründet. — Das O. L. G. änderte dieses Urtheil ab und erkannte nach dem Klagebegehren. Die Abänderungsgründe stützten sich vorzugsweise auf die Erwägung, daß den vom Geklagten B im vorigen Processe für seine Einwendung, daß der Gegenstand nicht zum Civilverfahren geeignet sei, sondern vor die Schiedsrichter gehöre, geltend gemachten Gründen, welche sich nunmehr der Kläger A angeeignet hat, vollkommen beigepflichtet werden müsse; daß das O. L. G. im vorigen Processe nur über die meritorischen Einwendungen, aber nicht

über die formelle Einwendung der Zuständigkeit entschieden habe; daß endlich die Bestimmung des Bauvertrages, „escluso senza eccezione l'intervento giudiziario“ im Falle der Meinungsverschiedenheit der von den Contrahenten erwählten zwei Schiedsrichter nur dann nach §. 914 a. b. G. B. von Wirkung sein könne, wenn auf einem der in diesem abändernden Urtheile bezeichneten Wege ein dritter Schiedsrichter als Obmann ernannt wird. — In der gegen das abändernde Urtheil ergriffenen Revisionsbeschwerde machte B folgende Gesichtspunkte geltend: Das schiedsrichterliche Institut erhalte seine Bestimmung nicht im bürgerlichen Gesetzbuche (§. 1391 a. b. G. B.), sondern in der Gerichtsordnung. Nach der letzteren und dem zur Zeit ihrer Einführung geltenden römischen Rechte setze das Institut der schiedsrichterlichen Entscheidung zwei Verträge voraus — den Vertrag der Streittheile, wodurch sie sich auf Schiedsrichter vergleichen (compromissum), und den Vertrag der Streittheile mit dem Schiedsrichter, wodurch sie ihm das Schiedsrichteramt übertragen und er es übernimmt (Receptum arbitrii). §§. 359, 360 westg. G. O. Für den Fall der Pluralität von Schiedsrichtern enthalte die Gerichtsordnung keine, das römische Recht aber die genauesten Bestimmungen. Dig. de recept. 4. 8. C. eod. 2. 56. — zufolge deren, wenn aus drei Schiedsrichtern einer 15, der andere 10, der dritte 5 zuerkennt, alsdann 5 bezahlt werden müssen, weil in diese Summe alle drei eingewilligt haben. Wenn aber mehrere Schiedsrichter ganz und gar nicht übereinstimmen, dann stehe es den Streittheilen frei, den Ausspruch der Schiedsrichter nicht zu befolgen. L. 27. §. 3. l. c. Wenn im Compromiß den Schiedsrichtern gestattet ist, falls sie sich nicht einigen könnten, einen Dritten als Obmann beizuziehen, so sei das Compromiß ungiltig. L. 17. §. 5 l. c. In den Vorschriften der Gerichtsordnung und des römischen Rechtes finde also der oberlandesgerichtliche Ausspruch keine Begründung, und eben so wenig in den analogen Bestimmungen des a. b. G. B. Das Compromiß hat die rechtliche Natur des Vergleiches §. 1380 a. b. G. B., §. 359 westg. G. O., das Receptum aber eine analoge Natur mit dem Mandate, jedoch unterscheidet es sich vom Mandate dadurch, daß der Schiedsrichter weder kündigen, noch substituiren darf, §§. 1002, 1010, 1021 a. b. G. B., ebenso dürfen auch die Streittheile das Mandat nicht widerrufen; Schlußsatz des §. 359 westg. G. O. Haben sich also die Parteien nur auf zwei Schiedsrichter verglichen, so kann es weder den zwei Schiedsrichtern, noch dem Richter gestattet sein, im Falle der Meinungsverschiedenheit einen dritten Schiedsrichter als Obmann zu ernennen (§§. 902, 914 a. b. G. B.) und dieses um so weniger, als das Compromiß eine Ausnahme von der Regel bildet, daß die Entscheidung aller Rechtsstreitigkeiten dem Civilrichter zustehe, folglich strenge auszulegen ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Revisionsbeschwerde in Erwägung, daß die Gerichte in den voraufgegangenen Urtheilssprüchen nur über die Liquidität der damals eingeklagten Forderung, nicht aber über den Rechtsbestand der vereinbarten Bestimmung in Betreff der Schiedsrichter erkannt haben und das O. L. G. sogar ausdrücklich die Rechte des A auf die Durchführung des Compromisses vorbehalten hat; daß die Parteien durch Uebertragung des schiedsrichterlichen Amtes auf die erwähnten Schiedsrichter denselben eo ipso auch das Recht übertragen haben, im Falle ihrer Uneinigkeit einen Obmann beizuziehen; daß die Amtsthätigkeit der erwähnten Schiedsrichter noch nicht beendet ist, indem sie entweder bei einer nochmaligen Conferenz sich einigen, oder einen Obmann beiziehen können; daß bei dem vereinbarten Ausschluß jeder richterlichen Ingerenz die vertragsmäßige Verabredung nur dann von Wirkung sein könnte, wenn ein dritter Schiedsrichter ernannt wird.

Nr. 3306.

Execution auf Proprinationspachtzins: Einantwortung oder Sequestration?

Entsch. v. 23. Februar 1869, Nr. 767 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Lemberg v. 25. April 1868, Nr. 20856 und des O. L. G. Lemberg v. 7. Sept. 1868, Nr. 25061). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 18.

Um die gegen den Hypothekarschuldner B ersiegte Forderung von 2100 fl. herein zu bringen, stellte der Gläubiger A im Executionsweg das Begehren, daß ihm der von C dem B für die verpachtete Propination vierteljährig zu entrichtende Pachtzins auf drei Jahre bis zur Tilgung der Forderung eingeantwortet und der Pächter C zur gerichtlichen Deposition dieser Zinsraten angewiesen werde.

Dieses von beiden Untergerichten bewilligte Gesuch wurde von dem obersten Gerichtshof in der Erwägung abgewiesen, daß die Propination als eine mit dem Besitz eines landtäflichen Gutes verbundene Gerechtsame zu betrachten, daher der für die Verpachtung derselben bedungene Zins zu den Einkünften und Früchten des liegenden Gutes zu zählen ist; daß folglich dieser Pachtzins, soweit derselbe nicht fällig und bezahlt ist, nicht im Sinne des §. 415, sondern nur im Sinne des §. 422 westg. G. O., nämlich durch die Intabulation des daran bewilligten Pfandrechtes bei dem liegenden Gut und Bestellung eines Sequesters zur Einhebung des Gefälles, und nicht durch die einfache Einantwortung der nicht einmal fälligen Propinationsraten für die ganze Pachtdauer in Execution gezogen werden kann.

Nr. 3307.

Löschung einer in Kenntniß des Sachverhaltes erwirkten Pränotation auf eine getilgte, aber noch nicht gelöschte Forderung.

Entsch. v 23. Februar 1869, Nr. 1271 (Best. des Urth. des B. G. Cilli v. 30. Oct. 1868, Nr. 9310, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 23. Dec. 1868, Nr. 14658). G. Z. 1869, Nr. 66.

Mit Vertrag vom 4. December 1866 löste A das auf seiner Liegenschaft sichergestellte Alimentationsrecht des C (Unterhalt oder Zahlung von 5 fl. pr. Monat) durch Capitalszahlung von 100 fl. ab. Am 9. December wurde dem B für eine Forderung von 182 fl. gegen C die Pfandrechtspränotation auf dem grundbücherlich noch nicht gelöschten Unterhaltsanspruch des Letzteren bewilligt. Nun trat A gegen B klagend auf und forderte die Löschung dieser Pränotation. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

In Erwägung, daß der von A mit C am 31. October 1865 geschlossene Vertrag, worin A dem C zur Leistung der Alimente, respective Zahlung des Geldäquivalents sich verpflichtete, erst am 29. September 1866 von der Militärbehörde mit ihrer desfalls erforderlichen Genehmigung versehen und erst nach diesem Tag auf der Liegenschaft des A intabulirt worden ist; daß hingegen der Vertrag, woraus für B die Forderung von 182 fl. gegen C entstand, am 28. September 1866 errichtet und dem B die damals im Grundbuch noch nicht eingetragene Unterhaltsforderung des C gegen A nicht verpfändet worden ist, mithin B am besagten 28. September 1866 auch nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, resp. auf das in der Forderung des C anzuhoffende Grundpfandrecht handeln konnte; daß — wie durch Zeugen erwiesen ist — B auch vor der am 9. December 1866 erfolgten Ueberreichung seines Gesuches um Pränotation der Forderung von 182 fl. von ihnen in Erfahrung gebracht hatte, daß das auf der Liegenschaft des A inzwischen intabulirte Recht des C, worauf die Pränotation sich bezieht, bereits wieder abgelöst worden war und somit dem noch nicht gelöschten Pfandrechte des C eine giltige Forderung nicht mehr zu Grunde lag; daß B, indem er um der durch die Einholung der Genehmigung der Militärbehörde (welcher der Ablösungsvertrag des A und des C bedurfte) verzögerten Löschung dieses Pfandrechtes zuvorzukommen, sich beeilte, am 9. December 1866 die Pränotation auf demselben nachzusuchen, keineswegs redlich, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, sondern im vollen Bewußtsein, dadurch den A zu beschädigen, gehandelt hat; — aus diesen Gründen und mit Bezugnahme auf die §§. 449, 1394—1396 a. b. G. B., wornach das Pfandrecht stets auf eine giltige Forderung sich beziehen muß, die Rechte des Uebernehmers einer Forderung eben dieselben sind, wie

jene des Ueberträgers und dem Schuldner das Recht zusteht, selbst gegen den redlichen Uebernehmer seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen, — hat der oberste Gerichtshof das Urtheil der ersten Instanz bestätigt.

Nr. 3308.

Abgrenzung des streitigen Verfahrens vom nichtstreitigen: Ungiltigkeit der in einem Einantwortungsbescheide getroffenen Verfügung über Vermächtnißabzüge.

Entsch. v. 23. Februar 1869, Nr. 1714 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Caslau v. 28. Dec. 1860, Nr. 7391 und des O. L. G. Prag v. 1. Dec. 1868, Nr. 37436). Zeitschr. f. d. Notariat 1869, Nr. 39.

M hinterließ testamentarisch sein Gut der minderjährigen Tochter A mit der ihr auferlegten Verbindlichkeit, seinen zwei anderen minderjährigen Töchtern B und C je 4000 fl. auszuzahlen. Die in der Verlassenschaftsabhandlung vorgenommene Schätzung des Gutes ergab einen Werth von nur 9808 fl.; mit Decret vom 28. December 1860, wurde das Gut der A eingeantwortet und ihren beiden Schwestern je ein Betrag von 972 fl., statt der zugedachten 4000 fl., angewiesen. Nachdem in der Folge das Gut im Executionswege auf 17.466 fl. geschätzt und bei der Versteigerung um 23.250 fl. veräußert worden war, sah die Vormundschaft der drei Minderjährigen A, B und C, welche dieselben bei der Verlassenschaftsabhandlung vertreten hatte, sich veranlaßt, im Jahre 1862 um eine neue Abhandlung einzuschreiten; sie wurde aber mit diesem Begehren von beiden Untergerichten abgewiesen. — Nach einem vom Gericht erster Instanz selbst, allein vergeblich gemachten Versuch, durch Bestellung eigener Curatoren, — eines Curators für die A und eines zweiten Curators für B und C — eine Ausgleichung der Antheile an dem Gutswerth zu Stande zu bringen, hat der Curator der B und C erst bei dem O. L. G. eine Beschwerde gegen das Abhandlungsgericht wegen des Vorgangs bei der Verlassenschaftsabhandlung und der Gutschätzung angebracht und nach der obergerichtlichen Zurückweisung dieser Beschwerde den Appellationsrecurs gegen das oben citirte Einantwortungsdecret vom 28. December 1860 ergriffen, welcher von dem O. L. G. mit der Begründung abgewiesen wurde, daß bei der vorlängst eingetretenen Rechtskraft des Einantwortungsdecrets, aus dem die A Rechte erworben hat, der verspätete Recurs nach §. 11 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 nicht mehr berücksichtigt werden kann, übrigens das gestellte Begehren (um Vornahme einer neuen Abhandlung) durch gleichförmige Entscheidungen der Untergerichte zurückgewiesen worden ist.

Auf den gegen diesen Erlaß ergriffenen Revisionsrecurs hat der oberste Gerichtshof entschieden, daß die im Einantwortungsdecret vom Jahre 1860 enthaltene Zuweisung von je 972 fl. — anstatt der vermachten 4000 fl. — für die B und die C nur als eine vorläufige Zuweisung des Legatsquotienten mit Vorbehalt weiterer Austragung der Rechte der beiden Legatarinnen zu gelten habe, und verordnet, daß von dem Abhandlungsgericht unter Vorladung der Vormundschaft der A und des bestellten Curators der B und der C eine Tagfahrt anberaumt, diese Vertreter über die Ansprüche der Vermächtnißnehmerinnen und über die zur endlichen Vermögensberechnung und Zuweisung anzunehmende Grundlage gehört, auf das Zustandekommen eines Ausgleichs nach Möglichkeit hingewirkt und sodann nachträglich zur Einantwortungsverordnung vom 28. December 1860 die desfalsige ergänzende Erledigung erlassen werde. Gründe: Wenn auch das Einantwortungsdecret vom 28. December 1860, soweit daraus dritten Personen — außer den Recurrentinnen B und C — Rechte erwachsen sind, nicht mehr aufgehoben noch abgeändert werden kann, so darf andererseits nicht übersehen werden, daß die darin enthaltene Bestimmung, wornach B und C mit je 972 fl. statt 4000 fl. sich begnügen müßten, gegen diese zwei Pupillen niemals in Rechtskraft treten konnte, weil, sobald es sich bei der Abhandlungstagfahrt (in deren Erledigung die Einantwortung erfolgt ist) darum handelte, daß die Legatarinnen B und C einen Vermächtnißabzug erleiden sollten, ihre Rechte mit den Interessen der Gutsübernehmerin A in Collision traten, bei solchem Widerstreit aber die Vormundschaft weder die A noch die B und C weiter vertreten konnte, sondern nach §. 272 a. b. G. B. für beide Theile Curatoren zu bestellen waren. Da nun dies unterblieben ist, das Abhandlungsgericht sich auf den ihm nicht zuständigen Ausspruch, daß die Legatarinnen B und C mit dem Quotienten von je 972 fl. sich begnügen müssen, eingelassen hat und das diesen Ausspruch enthaltende Decret nicht denjenigen Personen (Curatoren) zugestellt worden ist, die allein zur Vertretung der Legatarinnen in Betreff ihrer Rechte aus dem Vermächtniß legitimirt gewesen wären, so konnte dieser Ausspruch gegen die Letzteren im Verhältniß zu ihrer Gegnerin A niemals zur Rechtskraft erwachsen und mußte als gesetzwidrig beseitigt werden, da im Verfahren außer Streitsachen ein solcher Ausspruch, außer dem Fall eines Einverständnisses, niemals ergehen kann.

Nr. 3309.

Voraussetzung der Haftung für die Einbringlichkeit einer cedirten Hypothekarforderung.

Entsch. v. 23. Februar 1869, Nr. 2037 (Best. des das Urth. des B. G. Brixen v. 20. Juli 1868, Nr. 2433, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck v. 2. Dec. 1868, Nr. 3704). G. Z. 1869, Nr. 67.

A, Cessionär einer ihm von B im Jahre 1865 entgeltlich übertragenen, pfandrechtlich versicherten Forderung von 800 fl., belangte den B auf Zahlung von 798 fl., d. i. des Ausfalles, den die cedirte Forderung bei Vertheilung des Meistgebots für die im Executionswege im Jahre 1867 veräußerten Pfandsachen des sonst vermögenslosen Cessus erlitten hat. Die cedirte Forderung bestand in dem Kaufschillingsrest, welchen C, als er im Jahre 1862 die Realitäten von dem damaligen Eigenthümer kaufte, darauf schuldig geblieben war.

Das in erster Instanz bedingt (Beweis durch einen Haupteid) zugelassene Klagebegehren wurde vom O. L. G. abgewiesen und letzteres Urtheil vom obersten Gerichtshof in der Erwägung bestätigt, daß die Einbringlichkeit einer gegen Entgelt abgetretenen Forderung sich nach §. 1397 a. b. G. B. auf den Zeitpunkt der Cession und nicht auf irgend einen beliebigen künftigen Zeitraum bezieht, und daß der Cedent dem Cessionär dafür haftet, daß sie zur Zeit der Cession einbringlich war; daß, wenn die in Rede stehenden Pfandrealitäten, nachdem sie im Februar 1862 um 3325 fl. verkauft worden waren, im Jahre 1867 im Executionswege nur um 2460 fl. an den Mann gebracht werden konnten, dies ein Zufall ist, für welchen der Cedent B nach §. 1398 nicht haftet, und dessen nachtheilige Folgen den A nicht getroffen haben würden, dafern er vorsichtig zu Werk gegangen wäre und vor der Uebernahme der Forderung den damaligen wahren Werth der Realitäten, allenfalls durch gerichtliche Schätzung, erhoben und sodann die Forderung nur gegen Nachweis gesetzmäßiger Sicherheit (§. 230 a. b. G. B.) übernommen hätte; daß, selbst angenommen, es hätte ihm B vor der Cession gesagt, daß nicht mehr als 2600 bis 2800 fl. darauf haften, A aus dieser nur beiläufigen Angabe entnehmen mußte, daß B die genaue Ziffer selbst nicht wußte, mithin A durch die Unterlassung der Einsichtnahme von den betreffenden Verfachbüchern oder des Abverlangens eines Auszuges aus denselben nach §. 443 sich einer Nachlässigkeit schuldig gemacht und dadurch nach §. 1398 seinen Entschädigungsanspruch verloren hat; daß A, wenn er selbst den Kaufpreis vom Februar 1862 per 3325 fl. als den wirklichen Werth der Pfandsachen und eine 2800 fl. nicht übersteigende Belastung derselben voraussetzte, wissen mußte, daß die von ihm übernommene Forderung per 800 fl. nicht im Sinne des §. 230 gesetzlich sicher war, und daß,

da nach seiner eigenen Angabe die Pfandrealitäten erst im Jahre 1864 und zwar nicht vom B, sondern von dem Besitznachfolger C mit 300 fl. belastet worden, er sich, trotz der Unzulänglichkeit der Verfachbücher, aus denselben ohne Schwierigkeit von dieser weiteren Belastung neuester Zeit hätte überzeugen können.

Nr. 3310.

Berechtigung zur Bestreitung der ehelichen Geburt: Beweis der Unehelichkeit.

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 1142 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Komotau v. 26. Dec. 1867, Nr. 1166 und des O. L. G. Prag vom 2. Nov. 1868, Nr. 27300). G. H. 1869, S. 196. (Nach den Acten ergänzt.)

Die seit 1788 von ihrem Ehemann M geschiedene N gebar am 8. October 1801 eine Tochter O, gegen deren eheliche Geburt M an demselben Tag beim Ortsmagistrate Protest einlegte, mit der Bitte, die Unehelichkeit durch Einvernehmung der M zu constatiren. Darauf wurde eine Gerichtscommission zur N entsendet, vor welcher sie gestand, daß nicht M der Vater sei, und wurde darüber ein Protokoll aufgenommen. Am 13. November 1801 wiederholte M seinen Protest; beide Proteste desselben, sowie eine später (1. Jänner 1827) von dem P vor Zeugen abgegebene und vom damaligen Seelsorger coramisirte Erklärung, der Vater der O zu sein, sind in der Taufmatrikel der letztern eingeheftet. Nach dem im Jahre 1802 erfolgten Tode des M verehelichte sich die O mit dem A und starb 1863 ohne Testament. Nachdem die ehelichen Verwandten der O sich zu ihrem Nachlaß erbserklärt hatten, trat A gegen dieselben klagend auf und begehrte den Ausspruch, daß die O als unehelich erzeugt und geboren erkannt werde, und daß die Verlassenschaft auf Grund ihrer unehelichen Geburt abzuhandeln sei. Die Beklagten bestritten die Sachlegitimation des Klägers, welcher von beiden Untergerichten abgewiesen wurde.

Der oberste Gerichtshof verwarf dessen a. o. Revisionsbeschwerde aus folgenden Gründen: Im §. 2 Abs. 1 des IV. Hauptstückes des a. b. G. B. vom Jahre 1786 ist angeordnet, daß Niemand, als der Mann, berechtigt sei, gegen die eheliche Geburt eines Kindes Zweifel zu erheben. Nach diesem Gesetz war daher nur M und kein Anderer zur Bestreitung der ehelichen Geburt der O legitimirt. Aus den Bestimmungen der §§. 158 und 159 des a. b. G. B. vom Jahre 1811 geht ebenfalls hervor, daß außer dem Ehemann, der Mutter und seinen Erben im Falle des §. 159, Niemand ein Recht hat, die eheliche Geburt eines Kindes anzufechten. Bei dem Bestande dieser Vorschriften kann, wenngleich im vorliegenden Proceß es sich nicht um die Rechte

des Kindes, sondern um jene dritter Personen handelt, — es mag der Proceß nach dem Gesetze von 1786 oder nach dem Gesetze von 1811 zu beurtheilen sein — in der Ansicht der Untergerichte, daß A nicht berechtigt sei, die eheliche Geburt seiner Gattin O zu bestreiten, daß ihm somit die Legitimation zur angestellten Klage fehle, weder eine Nichtigkeit noch eine offenbare Ungerechtigkeit gefunden werden. Es ist nun zu erörtern, ob nicht schon M die uneheliche Geburt der O nachgewiesen habe. Nach dem §. 2 des IV. Hauptstückes des a. b. G. B. von 1786 ist der Mann, der wegen seiner langen Abwesenheit dem während der Ehe geborenen Kinde die eheliche Geburt streitig machen will, mit seiner Beschwerde anders nicht zu hören, als wenn er nicht nur seine Abwesenheit vor der Geburt, sondern auch einen von der Mutter begangenen wirklichen Ehebruch landgerichtmäßig darthut. Dieser gesetzlichen Vorschrift hat M nicht Genüge geleistet, da er weder seine Abwesenheit durch 1 Jahr vor der Geburt noch einen Ehebruch der Mutter landgerichtmäßig, d. i. nach der schon damals geltenden a. G. O. nachgewiesen, nämlich einen Urtheilsspruch darüber erwirkt hat. Wird diese Frage mit Rücksicht auf die Anordnung des Hofdcr. vom 15. Juni 1835, J. G. S. Nr. 39 nach dem a. b. G. B. vom Jahre 1811 beurtheilt, so kann ebensowenig behauptet werden, daß den Vorschriften dieses Gesetzes entsprochen worden sei, da dies eben wieder durch ein Urtheil entschieden vorliegen müßte, welches aber wegen Abgangs der gerichtsordnungsmäßigen Streitverhandlung gar nicht erfolgen konnte. In den gleichförmigen Urtheilen der Untergerichte kann eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden, um so weniger, da die O in der Taufmatrikel als ein eheliches Kind eingetragen ist, was durch die Anmerkung des Protestes des M nicht behoben wird, und nach §. 158 a. b. G. B. weder ein von der Mutter begangener Ehebruch noch deren Behauptung, daß das Kind unehelich sei, für sich allein demselben die Rechte der ehelichen Geburt entziehen kann.

Nr. 3311.

Unstatthaftigkeit der Wiedereinsetzung gegen eine versäumte Fallfrist wegen Rechtsirrthümer des Vertreters?

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 1719 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 19. Oct. 1868, Nr. 53743 und des O. L. G. Prag vom 25. Nov. 1868, Nr. 36149). G. Z. 1869, Nr. 42. G. H. 1869, S. 176.

A hatte in seinem Processe gegen B wegen Bretterlieferung die Appellation beim Handelsgerichte erst am zehnten Tage angemeldet, und bat nun um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die versäumte Fallfrist, weil sein Vertreter der irrigen Ansicht war, daß

der §. 9 des Patentes vom 9. April 1782, J. G. S. Nr. 41 durch den §. 26 der Just.-Min.-Verordn. vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, aufgehoben worden sei. — Beide Untergerichte wiesen sein Begehren ab; das Handelsgericht deshalb, weil der angeführte Irrthum als ein Rechtsirrthum nicht entschuldigt werden kann, und obige Min.-Verordn. nur das Verfahren in Wechselsachen regelt, daher den §. 9. des Patentes vom 9. April 1782 nicht aufgehoben hat; weil ferner das Hofdcr. vom 6. October 1785, J. G. S. Nr. 477 erklärt, daß das Benehmen des Rechtsfreundes ebenso aufgenommen werden soll, als ob es von der Partei selbst geschehen wäre, und weil wegen einer aus dem Benehmen des Rechtsfreundes entstandenen Verkürzung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand blos wegen mangelhafter Vertretung bewilligt werden kann, diese aber nicht angesucht wurde. Das O. L. G. führte zur Begründung an, daß der Advocat für die Handlungen seiner Kanzlei (welche die Frist irrig mit 14 Tagen vormerkte) haftet und seine Handlungen andererseits so anzusehen sind, als ob sie unmittelbar von der Partei selbst ausgegangen wären, somit auch das Verschulden des Advocaten der Partei zur Last fällt.

Der oberste Gerichtshof wies den a. o. Revisionsrecurs des A aus den vorstehenden Gründen ab, welche „keine Ungerechtigkeit enthalten, vielmehr gesetzlich gerechtfertigt erscheinen".

Nr. 3312.

Meistgebotsvertheilung: Vergütung für die vom Gericht aufgetragene Verfassung des Vertheilungsentwurfes.

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 1773 (Best. des Decr. des B. G. Frankenmarkt v. 11. Sept. 1868, Nr. 28, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 2. Dec. 1868, Nr. 22876). G. H. 1869, S. 108.

In einer Immobilienexecution wurde nach abgehaltener Liquidirungstagfahrt von dem Executionsgericht dem Dr. A die Verfassung des Meistgebotsvertheilungsentwurfes aufgetragen, der von A vorgelegte Entwurf, worin er die Kosten der Verfassung desselben — sein Deservit und seine Auslagen — als Vorzugspost einstellte, genehmigt und demgemäß das Vertheilungserkenntniß erlassen. Auf den Recurs des durch die Einstellung dieser Vorzugspost zunächst berührten Pfandgläubigers hat das Obergericht entschieden, daß die besagte Vorzugspost ganz wegzufallen habe, weil die Verfassung des Meistgebotsvertheilungserkenntnisses dem Gerichte obliegt, mithin die Kosten des vorgelegten Entwurfes einem Tabulargläubiger gegen dessen Willen nicht aufgebürdet werden können.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung in Erwägung, daß, wenngleich die Vertheilung des Meistgebotes auf

eine im Executionswege versteigerte Liegenschaft ein vom Gericht von amtswegen zu errichtender Act ist und die Verfassung des der Zuweisung des Meistgebotes zu Grunde zu legenden Vertheilungsentwurfes dem Gerichte obliegt, — doch im vorliegenden Falle die Verfassung des Vertheilungsentwurfes dem Dr. A von dem Gericht aufgetragen worden ist; daß dem Dr. A, der sich diesem Auftrage unterzog, nicht dessen unentgeltliche Verrichtung zugemuthet werden kann, und daß die Behandlung seines Anspruches auf Lohn und Kostenersatz als Vorzugspost der Erwägung entspricht, daß Dr. A Mühe und Kosten für die Masse selbst und im Interesse aller ihre Befriedigung daraus suchenden Gläubiger aufgewendet hat.

Nr. 3313.

Feilbietung von Mobilien auf Grund der nur zur Sicherstellung vorgenommenen Pfändung und Schätzung.

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 1847 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 14. Jänner 1867, Nr. 56783 und des O. L. G. Wien v. 10. Dec. 1867, Nr. 22408). G. H. 1869, Nr. 304.

Gegen die von beiden Untergerichten bewilligte executive Mobilienfeilbietung ergriff der Execut den Revisionsrecurs, weil der Executionsführer die Pfändung und Schätzung der Mobilien nur zur Sicherstellung erwirkt hatte.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil der Executionsführer zur Zeit des angebrachten Feilbietungsgesuches durch rechtskräftiges Erkenntniß bereits das unbeschränkte Executionsrecht erworben hatte, und für die Zulässigkeit der Bewilligung der Feilbietung es gleichgiltig ist, daß der Gläubiger zur Zeit der Erwirkung der executiven Pfändung und Schätzung der Mobilien die Execution nur zur Sicherstellung fordern konnte.

Nr. 3314.

Unzulässigkeit der Hemmung der Execution wegen eines, gegen einen Dritten anhängigen Strafprocesses wegen Fälschung des der Klage zu Grunde liegenden Wechsels.

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 1866 (Best. des das Decr. des L. G. Brünn v. 4. Dec. 1868, Nr. 19166, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn vom 23. Dec. 1868, Nr. 15439). G. H. 1869, S. 183.

Das auf gleichförmige Urtheile der ersten und zweiten Instanz gegründete Executionsgesuch des A wider B wegen einer Wechsel-

forderung wurde in erster Instanz abgewiesen, weil auf die Anzeige des Schuldners die Proceßacten wegen Fälschung des Acceptes auf dem Klagewechsel durch C nach dem Hofdcr. vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743 dem Strafgerichte mitgetheilt worden waren.

Der oberste Gerichtshof verordnete in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz die aufrechte Verbescheidung des Executionsgesuches in Erwägung, daß das gegen einen Dritten wegen angeblicher Wechselfälschung anhängige strafgerichtliche Verfahren der Erledigung des von A auf Grund zweier gleichförmiger, mithin rechtskräftiger Urtheile angebrachten Executionsgesuches nicht hindernd im Wege stehen kann, zumal nicht mehr der ursprüngliche Klagewechsel, sondern die vorgelegten in Folge der Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag und des darüber gepflogenen wechselgerichtlichen Verfahrens ergangenen Urtheile maßgebend sind und dem B, wenn er die Erlöschung des Executionsrechtes des A durch dem Urtheile nachgefolgte Thatsachen behaupten sollte, bevorsteht, sich nach dem Hofdecr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145 zu benehmen.

Nr. 3315.

Vormerkung der Vermögensübertragungsgebühr bei der Pränotation des Eigenthums: Unzulässigkeit der Löschung dieser Pränotation auf Begehren des Pränotirten ohne Einwilligung der Finanzbehörde.

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 1975 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 9. Sept. 1868, Nr. 40491, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 9. Dec. 1868, Nr. 23825). G. Z. 1871, Nr. 104. G. H. 1869, S. 165.

A erwirkte auf Grundlage eines Schenkungsvertrages die Pränotation seines Eigenthumsrechtes auf den Hausantheil des B, und da wider B bereits eine Executionsführung im Zuge war, erstand A diesen Hausantheil in der Licitation und verkaufte ihn an C, der sohin auf seinen Namen die Einantwortung und Besitzanschreibung erwirkte. Auf der von A erwirkten Pränotation wurden inzwischen die denselben als Ersteher treffenden Gebühren vorgemerkt. Nachdem jedoch die erwähnte Pränotation von A nicht justificirt worden war, begehrte C die Löschung derselben und zugleich die Löschung der vom Central-Taxamte erlangten Vormerkung zur Sicherstellung der Gebühren für die Uebertragung des Eigenthumes, bei der executiven Feilbietung an A im Betrage von 642 fl. 60 kr. — Das Gericht erster Instanz bewilligte beide Löschungen. — Von dem O. L. G. wurde das Gesuch des C vollständig abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil, wenn Jemand auf das bedingt einverleibte Eigenthumsrecht eines Schuldners die Pfandrechtspränotation erwirbt, selbstverständlich das Object des Eigenthumsrechtes als Pfand dienen soll, hienach also auch die durch die Pränotation des Pfandrechtes sichergestellte Uebertragungsgebühr pr. 642 fl. 60 kr. die Hausantheile selbst um so mehr belastet, als ja die Haftung auf dem Gegenstande der Vermögensübertragung schon im Gesetze gegründet ist, und es sich eigentlich nur um deren Ersichtlichmachung im Grundbuche handelt; weil diese Vormerkung vermöge des Grundes und Gegenstandes der im amtlichen Wege veranlaßten Sicherstellung einer weiteren Rechtfertigung nicht bedurfte, die Rechtfertigung der früher nur bedingten Einverleibung des Eigenthumsrechtes für A aber dadurch, daß dieser durch Erstehung des Hausantheiles einen anderen Titel zum Eigenthume und C als sein Rechtsnachfolger hierauf auch die Besitzanschreibung erlangte, entfallen ist und die Finanzprocuratur in Vertretung des k. k. Aerars hinsichtlich der vorgemerkten Uebertragungsgebühren, obwohl deren Pfandrecht in der Wesenheit von dem Bestande der von A auf Grund des Schenkungsvertrages erwirkten Pränotation seines Eigenthumsrechtes und deren Rechtfertigung ganz unabhängig ist, auch der Löschung dieser Pränotation sich zu widersetzen so lange berechtigt erscheint, als diese Pränotation, wenn auch nur formell, der Pfandrechtspränotation für die Uebertragungsgebühren zur Unterlage dient.

Nr. 3316.

Executive Immobilien-Schätzung: Nachweis der Erlangung des ersten Executionsgrades durch den Grundbuchsextract.

Entsch. v. 24. Februar 1869, Nr. 2016 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Karolinenthal v. 29. Sept. 1868, Nr. 17680 und des O. L. G. Prag v. 23. Nov. 1868, Nr. 36117). G. Z. 1869, Nr. 72.

Das Gesuch des A, Inhabers einer ihm von C cedirten Forderung von 600 fl. bei B, um executive Schätzung eines Grundstückes des B war mit dem gerichtlichen Grundbuchsextract instruirt, welcher das bücherliche Eigenthum des B an der Liegenschaft, die Eintragung der Verpfändung derselben an C für die erwähnte Forderung von 600 fl., dann jene des den Schuldner B zur Zahlung der Forderung an C condemnirenden Urtheiles und endlich die Eintragung der darauf erfolgten Cession derselben an A ersichtlich machte.

Mit Abänderung der untergerichtlichen Decrete, wodurch die begehrte Schätzung deshalb abgewiesen wurde, weil auf Grund eines Grundbuchsextractes ein weiterer Executionsschritt nicht bewilligt werden

könne und der Extract den (nicht producirten) richterlichen Bescheid, der den voraufgegangenen ersten Executionsgrad nachweist, nicht ersetze, hat der oberste Gerichtshof das Gesuch des A in der Erwägung bewilligt, daß durch den beigebrachten Grundbuchsextract, als einer öffentlichen Urkunde, sowohl die executive Einverleibung des die Zahlung der bereits intabulirten Forderung auferlegenden Urtheils als auch der Uebergang derselben auf den Gesuchsteller nachgewiesen ist.

Nr. 3317.

Anerkennung der ganzen Schuld durch Versprechen der Zahlung eines unbestimmten Theiles derselben?

Entsch. v. 25. Februar 1869, Nr. 442 (Best. des das Urth. des B. G. Wildon v. 6. Sept. 1868, Nr. 2979, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 18. Nov. 1868, Nr. 13648). G. H. 1869, S. 118.

Der Müller A belangte die B wegen Zahlung von 17 fl. für die ihm von dem Ehemann der Beklagten und angeblich auch von ihr selbst aufgetragene Vermahlung von Getreide, indem er anführte und mit dem Haupteid zu beweisen sich erbot, daß die B die ganze Schuld anerkannt und deren Zahlung auf den 3. Juli 1868 versprochen habe. Die Beklagte leugnete diese Anführung, sowie, daß auch sie Getreide von A vermahlen ließ; sie gestand aber, dem A auf dessen wiederholtes Andringen gesagt zu haben: „Meinetwegen, damit eine Ruhe ist, zahle ich bis Freitag (3. Juli) einen Theil"; unter diesem „Theil" habe sie 8 fl. gemeint. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte die B unbedingt zur Zahlung der vollen 17 fl. aus folgenden Gründen: Aus dem Geständniß der B geht hervor, daß sie die Schuld mindestens für einen Theilbetrag anerkannte. Es wäre also ihre Sache gewesen, den Theilbetrag zu erweisen, auf welchen sie das Anerkenntniß beschränkt wissen wollte, und es läßt sich die angeblich gehegte, nicht ausgesprochene Absicht, 8 fl. zu zahlen, nicht als für den Kläger maßgebend hinstellen, da es ebenso im Belieben der Beklagten gestanden hätte, eine noch viel geringere Summe sich als Theilzahlung zu denken, und der Kläger nach der Aeußerung der Beklagten nach den allgemeinen Auslegungsregeln annehmen mußte, daß die Beklagte sich als zur Zahlung der ganzen Schuld verpflichtet ansehe und mindestens einen Theil derselben bis 3. Juli zahlen werde. Da nun diese Zahlung unterblieb und für den die Theilsumme übersteigenden Betrag ein Termin nicht festgesetzt wurde, so konnte A gemäß §. 904 a. b. G. B. die Zahlung des Ganzen nach Ablauf des Termins vom 3. Juli sofort begehren.

Das O. L. G. und der oberste Gerichtshof verurtheilten die B zur Zahlung von 8 fl. unbedingt und zur Zahlung der restlichen

9 fl. gegen Herstellung des obenangeführten Beweises durch Haupteid. Gründe: Die von der B eingestandene Aeußerung „meinetwegen, damit eine Ruhe ist u. s. w." enthält weder die Anerkennung der ganzen Forderung des Klägers noch die Erklärung, dieselbe zur Zahlung zu übernehmen. Der Beweis dieser Anerkennung ist aber im vorliegenden Fall um so nothwendiger, als die B nur zugestand, daß ihr Mann (nicht auch sie selbst) Getreide bei dem A vermahlen ließ, eine Solidarverpflichtung der B zur Zahlung der Forderung von A selbst nicht behauptet wurde und die Verpflichtung der B zur Alleinzahlung nur unter der Voraussetzung bestände, daß sie dieselbe eingegangen hat. Die Beklagte kann daher zur Zahlung der restlichen 9 fl. nur für den Fall angehalten werden, als der Kläger — durch den Haupteid — den Beweis der ihrerseits geschehenen Anerkennung der ganzen Forderung von 17 fl. erbringt.

Nr. 3318.

Vertheilung des Meistgebotes für eine Liegenschaft: Behandlung der Kosten einer vorausgegangenen Sequestration.

Entsch. v. 2. März 1869, Nr. 1728 (Best. des Decr. des L. G. Klagenfurt v. 26. August 1868, Nr. 11493, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz v. 18. Nov. 1868, Nr. 14134). G. Z. 1869, Nr. 43. G. H. 1869, S. 197.

Die sequestrirte Liegenschaft des B wurde executiv versteigert; der bestellte Sequester A, der sie erstand, meldete seine Kosten, den Lohn für seine Mühewaltung an, welcher von der ersten Instanz mit 100 fl. liquidirt und auf das Meistgebot angewiesen wurde. — Das O. L. G. hingegen hat auf den Recurs eines Pfandgläubigers den Sequester zur Liquidirung der erwähnten Kosten auf den Rechtsweg verwiesen, weil das Gericht dem Ersteher, hier zugleich Sequester, im Executionswege nach dem Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 und 23. October 1794, J. G. S. Nr. 199 nur jene Forderungen zur Zahlung anzuweisen hat, deren Richtigkeit dargethan und anerkannt ist, die fraglichen Sequestrationskosten weder gerichtlich adjustirt, noch vom Executen für richtig anerkannt wurden; weil ferner dieser Anspruch sich nicht auf eine in Gemäßheit des §. 297 a. G. O. gelegte und genehmigte Rechnung, sondern lediglich auf ein vom Gläubiger und zugleich Sequester A selbst verfaßtes Verzeichniß gründet, und daher die Kosten weder nachgewiesen, noch als richtig erkannt erscheinen, und überhaupt die Sequestrationskosten aus den Früchten und nicht aus dem Stammvermögen des sequestrirten Gutes hereinzubringen sind.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, weil die Kosten der executiven Sequestration zu den Einbringungskosten gehören, welchen im vorliegenden Falle, gleich der Hauptforderung,

das auf der fraglichen Realität am ersten Satz haftende Pfandrecht zusteht und die Verlohnung des Sequesters kein Gegenstand der von ihm über die Erträgnisse des Gutes zu legenden Rechnung ist; weil ferner der Execut die von Seiten des Recurrenten in Anspruch genommenen Executionskosten im Allgemeinen, mithin auch die Kosten des Sequesters in dem vom Gerichte zu bestimmenden Betrage für liquid zugestanden, das Gericht aber die Verlohnung des Sequesters mit monatlichen 10 fl., daher für 10 Monate mit 100 fl. für angemessen erkannt hat, worüber den nachfolgenden Hypothekargläubigern ein Bestreitungsrecht nicht zukommt.

Nr. 3319.

Executive Feilbietung von Liegenschaften: Verpflichtung des Executionswerbers zur Angabe der Wohnungen der Pfandgläubiger; Feilbietungsbedingnisse bei der Relicitation.

Entsch. v. 2. März 1869, Nr. 2087 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Ravelsbach v. 27. Oct. 1868, Nr. 649 und des O. L. G. Wien v. 7. Jänner 1869, Nr. 24385). G. Z. 1869, Nr. 91.

Das Executionsgericht hatte ein Relicitationsgesuch mit dem Bedeuten zurückgewiesen, demselben Feilbietungsbedingnisse anzuschließen und die Wohnungen der Satzgläubiger anzugeben. Der Relicitationswerber brachte hiegegen den Recurs ein, indem er behauptete: Es verstehe sich bei einem Relicitationsgesuche die Giltigkeit der Bedingungen der ersten Feilbietung von selbst und es seien die Aufenthaltsorte der Satzgläubiger aus dem Grundbuche von amtswegen zu entnehmen. — Das O. L. G. bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs des Relicitanten. Gründe: Nach §. 328 a. G. O. sollen in den Feilbietungsedicten die Verkaufsbedingnisse deutlich ausgedrückt werden. Der Feilbietungswerber hat daher dieselben beizubringen und wenn im Falle einer Relicitation die früheren Bedingnisse noch anwendbar sind und er sie beibehalten will, dies zu erklären. Nachdem ferner executive Feilbietungen und Relicitationen nur im Interesse der Parteien gelegen sind, so hat nicht das Gericht von amtswegen, sondern die Partei dafür zu sorgen, daß die dazu erforderliche Verständigung der Satzgläubiger geschehen könne, und das Gericht hat nur darüber zu wachen, daß dieses erfolge. Zudem haben die Grundbücher nicht den Zweck, zur Auskunft über die Wohnorte der eingetragenen Gläubiger zu dienen, und sind dazu auch nicht geeignet, da selbstverständlich im Laufe der Jahre diese Wohnorte sich häufig ändern.

Nr. 3320.

Behandlung des Wohnungsrechtes bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 3. März 1869, Nr. 1967 (Best. des Decr. des B. G. Ischl vom 2. Oct. 1868, Nr. 236 und 296, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 13. Jänner 1869, Nr. 450). G. Z. 1869, Nr. 81. G. H. 1869, S. 252.

Der Bescheid des Executionsgerichtes, womit bei der Vertheilung des Meistgebotes auf eine Liegenschaft das intabulirte Wohnungsrecht des A als nicht mehr zum Zug gelangend erklärt und an den Executen als Personalschuldner gewiesen und dessen Löschung verordnet wurde, hat das O. L. G. in der Erwägung aufgehoben, daß jenes Wohnungsrecht eine Servitut, somit kein Gegenstand der Meistgebotsvertheilung sei, die sich auf die eingetragenen Pfandrechte zu beschränken habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil nach den Grundsätzen des Pfand-, resp. Hypothekarrechts der Umfang dieses Rechts durch nachfolgende Belastungen unter dem Titel von Servituten nicht geschmälert werden kann; weil die allgemeinen Regeln über Priorität auch für solche Belastungen gelten; weil nach den gesetzlichen und gerichtlichen Licitationsbedingnissen der Ersteher die Lasten nur soweit zu übernehmen hat, als das Meistgebot reicht, und darin wegen des fraglichen Wohnungsrechts nichts vorgesehen wurde, noch zum Nachtheil der voranstehenden Gläubiger, welchen die Liegenschaft in dem ohne diese Servitut werthvolleren Zustand haftete, vorgesehen werden konnte.

Nr. 3321.

Pfändung des Unentbehrlichen: Gesuch an die erste Instanz um Aufhebung derselben.

Entsch. v. 3. März 1869, Nr. 2214 (Best. des das Decr. des B. G. Rumburg v. 25. Nov. 1868, Nr. 3779, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 29. Dec. 1868, Nr. 40149). G. Z. 1869, Nr. 83.

In einer Mobilienexecution war die Pfändung mit enger Sperre auch an dem Bettgewand des Schuldners und seiner Familie vollzogen worden, wogegen er, statt an das Obergericht zu recurriren, bei der ersten Instanz ein Gesuch um Aufhebung der Pfändung anbrachte, welches von derselben abgewiesen, vom O. L. G. bewilligt wurde.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz entschied der oberste Gerichtshof, daß im Sinne des §. 340 a. G. O. zur unentbehrlichen Leibeskleidung auch das nöthige Bettgewand zu rechnen ist, und daß dem Executen, wenn auch ihm freigestanden wäre, gegen

den Executionsact unmittelbar den Recurs zu ergreifen, das Recht nicht benommen war, das Gericht mittelst eines Gesuches auf den gegen die Vorschrift. des §. 340 a. G. O. geschehenen Vollzug der Pfändung aufmerksam zu machen und Abhilfe zu begehren.

Nr. 3322.

Störung im Genuß der Bestandsache durch den Bestandgeber: Besitz- oder Bestandstreitigkeit?

Entsch. v. 3. März 1869, Nr. 2217 (Aufheb. des das Decr. des B. G. Ried v. 3. Dec. 1868, Nr. 6565, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien vom 13. Jänner 1869, Nr. 750). G. H. 1869, S. 285.

Die Entscheidung der ersten Instanz auf Abweisung der in possessorio summariissimo angestellten Klage des Pächters A gegen den Verpächter B wegen Besitzstörung durch eigenmächtiges Abmähen der Pachtwiese wurde vom O. L. G. unter Verweisung der Parteien auf den im Gesetze vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 vorgesehenen Rechtsweg (Verfahren in Bestandstreitigkeiten) aufgehoben, weil der vorliegende Fall offenbar eine Streitigkeit aus einem Bestandvertrage betreffe, daher das Gericht nicht berufen gewesen sei, denselben als Besitzstörung aufzufassen und dadurch dem Beklagten die Ausführung seines vermeintlichen Rechtes gegen den Pächter zu erschweren.

Der oberste Gerichtshof hingegen verordnete dem O. L. G., über die in possessorio summariissimo gepflogene Verhandlung in zweiter Instanz zu entscheiden, weil nach dem erläuternden Just.-Min.-Erl. v. 17. März 1856, Nr. 2126 die Vorschriften der kaiserl. Verordnung v. 27. Nov. 1849, R. G. Bl. Nr. 12 (possessorium summariissimum) auf Streitigkeiten zwischen Bestandgebern und Bestandnehmern nur insofern keine Anwendung finden, als es sich dabei um Räumung oder Zurückstellung des Bestandobjectes handelt; weil in der kaiserl. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 der Fall einer vom Bestandgeber ausgehenden eigenmächtigen Störung des Bestandnehmers in dem factischen Besitze seines Benutzungsrechtes nicht vorgesehen ist und mit der vorliegenden Klage nicht darüber, ob Kläger die Pachtwiese zu räumen oder zurückzustellen habe, ein Erkenntniß begehrt, sondern die Entscheidung gefordert wurde, daß er im Besitze seines Rechtes vom Beklagten durch eigenmächtiges Abmähen der Wiese gestört worden sei.

Nr. 3323.

Einstellung des Civilprocesses wegen Verdachtes einer strafbaren Handlung — verordnet von der zweiten Instanz nach Fällung des strafgerichtlichen Erkenntnisses.

Entsch. v. 3. März 1869, Nr. 2299 (Best. des das Urth. des B. G. Linz v. 29. Oct. 1868, Nr. 8784, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 21. Jänner 1869, Nr. 22622). G. H. 1869, S. 250.

Der von A gegen B erwirkte wechselrechtliche Auftrag zur Zahlung von 300 fl. wurde von der ersten Instanz in Folge der Einwendungen des B mit Urtheil aufgehoben. Auf die Appellation des A hat das O. L. G. mit Aufhebung des erstgerichtlichen Erkenntnisses, nach dem Hofdecr. v. 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743, wegen Verdachtes der Fälschung des Acceptes des B, auf Grund dessen der Zahlungsauftrag an ihn ergangen war, die Acten dem Strafgerichte abgetreten. — Dagegen recurrirte B mit Berufung auf das noch vor der obergerichtlichen Verordnung von dem Strafgerichte bereits gefällte und rechtskräftige Urtheil, welches der Verfügung des O. L. G. entgegenstehe, da das citirte Hofdecret nur von im Laufe des Verfahrens vorkommenden Anzeigungen spreche, und weil das strafgerichtliche, die Fälschung des Acceptes aussprechende Erkenntniß hier von keinem wesentlichen Einfluß sei, nachdem der Kläger die Zahlungspflicht des Recurrenten auch aus dessen angeblicher Anerkennung des unechten Acceptes sowie aus einem angeblichen Zahlungsversprechen desselben abgeleitet habe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil bei den schon im Laufe der erstgerichtlichen Verhandlung vorgelegenen Inzichten der Fälschung des Acceptes, auf welches die Klage der A gestützt war, die Acten von der ersten Instanz noch vor der Fällung eines Urtheiles dem Strafgerichte hätten mitgetheilt werden sollen (Hofdecr. vom 6. März 1821, Nr. 1743), daher das O. L. G. ganz im Rechte war, das voreilig geschöpfte Urtheil des Civilgerichtes aufzuheben, woran der Umstand, daß inzwischen, jedoch erst zwei Monate nach dem civilgerichtlichen Urtheile, jenes des Strafgerichtes über diesen Gegenstand ergangen ist, umsoweniger etwas ändern kann, als laut amtlicher Mittheilung durch das letztere das angebliche Accept des Recurrenten B in der That als falsch und ungiltig erklärt wurde.

Nr. 3324.

Einstellung des Civilprocesses wegen Verdachtes einer strafbaren Handlung: Beschuldigung einer bestimmten Person?

Entsch. v. 3. März 1869, Nr. 2300 (Best. des das Decr. der inneren Stadt Wien v. 7. Dec. 1868, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 14. Jänner 1869, Nr. 24777). G. H. 1869, S. 219. G. Z. 1872, Nr. 11.

Bei der auf die Klage des A gegen die B anberaumten Tagfahrt erklärte der Vertreter der Letzteren, daß die Unterschrift der B auf der vom Kläger producirten und seinem Anspruche zum Grunde gelegten Urkunde falsch sei, und begehrte, die Streiteinlassung verweigernd, die Sistirung des Civilverfahrens und die Uebersendung der Urkunde an das Strafgericht zur Untersuchung des etwa vorliegenden Betruges. Der Vertreter des A widersprach dieser Behauptung und forderte die Acteninrotulirung wegen nicht erstatteter Einrede. — Das Gericht erster Instanz verfügte mit Berufung auf das Hofdecr. vom 6. März 1821, J. G. S. Nr. 1743 nach dem Begehren des Vertreters der Beklagten.

Der oberste Gerichtshof hat in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz die Verfügung des Gerichtes erster Instanz aufgehoben und demselben die Entscheidung über das Begehren um die Acteninrotulirung aufgetragen, weil die Echtheit der Urkunde ohne die gegen eine bestimmte Person ausgesprochene Beschuldigung der Fälschung bestritten wurde, daher das citirte Hofdecret nicht Platz greift.

Nr. 3325.

Bereicherungsklage auf Grund des Art. 83. W. O.; Substantiirung derselben.

Entsch. v. 4. März 1869, Nr. 1385 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Böhmisch-Kamnitz v. 14. Juni 1868, Nr. 2808 und des O. L. G. Prag v. 27. Oct. 1868, Nr. 29517). G. H. 1869, S. 154.

A belangte den B aus dem Rechtsgrunde der Bereicherung auf Zahlung von 300 fl., weil B ihm zur partiellen Berichtigung einer größeren Waarenschuld einen vom Beklagten an eigene Ordre auf C gezogenen, von diesem acceptirten Wechsel per 300 fl. in bianco indossirt hat, welcher Wechsel bei dem Domiciliaten D Mangels Deckung und Zahlung protestirt, von A bei dem Nachmanne E, dem er den Wechsel girirt hatte, eingelöst wurde, und woran das Wechselrecht durch Verjährung erloschen ist. Der Beklagte leugnete, daß A den Wechsel eingelöst habe. — Das Gericht erster Instanz hat den Kläger abge-

wiesen und in den Motiven erklärt, daß der Kläger weder die Bereicherung der Beklagten, noch einen ihm selbst erwachsenen Schaden nachgewiesen habe, letzteres deshalb nicht, weil er für seine von dem Beklagten widersprochene Anführung, den Wechsel im Regreßwege von seinem Nachmanne E eingelöst zu haben, sich nur auf den Besitz des Wechsels berief, welcher Besitz ihn allerdings zur Anstellung der Bereicherungsklage legitimirte, allein von dem Beweise, daß der Wechsel zur Verfallzeit nicht gezahlt wurde und daß er durch dessen Einlösung einen Schaden erlitt, nicht entbindet. — Das O. L. G. bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen: Der Kläger behauptet, daß er den Wechsel in Folge Protestes eingelöst habe, und da er im Besitze des Wechsels und des Protestes ist, so erscheint er nach Art. 36 und 48 W. O. als Inhaber des Wechsels zufolge Art. 83 ebendort zur Erhebung der Bereicherungsklage vollkommen als legitimirt. Die Frage, ob er den Wechsel entgeltlich oder unentgeltlich erworben, ist nicht entscheidend, da der Wechsel einen Bestandtheil seines Vermögens, §. 353 a. b. G. B. bildet; und ebenso gleichgiltig ist, ob und welchen Schaden er außerdem noch erlitten habe; der Schaden der ihm zugegangen, besteht eben in dem Verluste der wechselmäßigen Forderung auf Zahlung der Regreßsumme. Daß der Wechsel zur Verfallzeit von dem Acceptanten eingelöst wurde, wogegen der Besitz des Wechsels spricht, Art. 39 W. O., hätte der Beklagte beweisen müssen. — Allein zur Substantiirung der Klage hätte der Kläger anführen müssen, daß der Beklagte bereichert sei und in welchem Betrage (Art. 83 W. O.); er hätte demnach darthun müssen, daß der Beklagte dem Acceptanten C entweder keine oder eine geringere Valuta, als der Beklagte selbst empfangen, übermacht habe, mithin um den ganzen oder um den Mehrbetrag der selbst erhaltenen Valuta bereichert sei, folglich diesen Betrag ohne Rechtsgrund besitze, §. 1435 a. b. G. B. Da nun A diesen Beweis weder angeboten noch geführt, somit sein Klagerecht nicht dargethan hat, so mußte das erstgerichtliche Urtheil bestätigt werden.

Die a. o. Revisionsbeschwerde, worin A vorbrachte: darin, daß der Beklagte Waaren für mehr als 300 fl. von ihm bezog und 300 fl. davon mit einem nicht eingelösten Wechsel zahlte, liege dessen Bereicherung, und darin, daß A Waaren im Werthbetrage von 300 fl. dem Beklagten übergab, bestehe der Schaden des A, mit welchem der Beklagte sich bereichert habe, — wurde vom obersten Gerichtshofe verworfen. Gründe: Der Kläger, welchem der Beweis der Erforderniſſe des Art. 83 W. O. oblag, hat nicht bewiesen, daß der Beklagte durch die Nichtzahlung des Wechselbetrages von 300 fl. bereichert worden sei und daß er dem Acceptanten keine Deckung gegeben habe, noch daß der auf Seite des Klägers zu befürchtende Schaden aus dieser Nichtberichtigung entstehe. Auch ist nicht ersichtlich, warum der Kläger nicht den entsprechenden Theil seiner Waarenkauf-

schillingsforderung direct eingeklagt hat. Es konnte daher in den gleichförmigen, seine auf Art. 83 W. O. gestützte Klage abweisenden Urtheilen der Untergerichte keine Ungerechtigkeit gefunden werden.

Nr. 3326.

Tilgung oder Deckung einer Schuld durch Girirung eines Wechsels?

Entsch. v. 24. März 1869, Nr. 1539 (Best. des Urth. des H. G. Prag vom 25. Juni 1868, Nr. 24046, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag vom 2. Nov. 1868, Nr. 31745). G. Z. 1869, Nr. 77.

Gegen die Klage des A pcto. Zahlung von 280 fl. für verkaufte Waaren wendete der Beklagte B ein, diesen Saldo durch Einsendung eines von ihm ausgestellten, dem Kläger girirten und mit dem Accept des Trassaten C versehenen Wechsels von gleichem Betrage berichtigt zu haben; A, welcher den Wechsel nur zur Deckung und nicht als Zahlung empfangen haben will, hatte denselben gegen B als Aussteller und gegen den Acceptanten eingeklagt, allein den Proceß verloren, weil er nicht rechtzeitig Protest levirt hatte. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagebegehren, welches vom O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen wurde: Der Kläger gab durch seine Handlungen (Annahme und Einklagung des Wechsels) stillschweigend zu erkennen, daß er den Wechsel an Zahlungsstatt, nicht blos zur Deckung seiner Forderung übernommen habe und mit der durch den Wechsel geleisteten Zahlung einverstanden gewesen sei (§. 1414 a. b. G. B.). Wenn daher die Zahlung des Wechsels wegen Erlöschung des wechselmäßigen Anspruchs in Folge der von ihm versäumten Protesterhebung ausblieb, so ist der Kläger zur Forderung des Saldo gegen B nicht mehr berechtigt und kann nur gegen Aussteller und Acceptanten, soweit sich dieselben mit seinem Schaden bereichern würden, nach Art. 83 W. O. einen Anspruch erheben, welchen er aber in diesem Proceß gegen B nicht geltend gemacht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Die hier entscheidende Frage, ob durch die Wechselbegebung gezahlt worden sei, muß verneint werden. Denn, wenn auch Wechsel in vielen Beziehungen wie bares Geld angesehen und behandelt werden, so geschieht es nur in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß sie seinerzeit auch, ihrem Inhalt gemäß, gegen Bargeld werden realisirt werden; sie sind daher noch nicht selbst bares Geld, und die Uebergabe eines Wechsels kann somit der Barzahlung, in welcher der eingeklagte Saldo zu berichtigen war, nicht gleichgehalten werden. Anders würde nur dann entschieden werden können, wenn

der Kläger ausdrücklich oder auf unzweifelhafte Art stillschweigend erklärt hätte, das Accept als Bargeld anzunehmen. Dies ist aber hier nicht der Fall, denn eine ausdrückliche Erklärung wurde auch nicht einmal behauptet, und die stillschweigende kann aus den angeführten Thatsachen nicht gefolgert werden. Wenn der Kläger das Accept mit dem Indossament des Beklagten annahm, so geschah es in der Voraussetzung der Einlösung des Wechsels, und wenn er denselben auch einklagte, so war es eben ein Versuch, auf diesem Wege zu seinem Gelde zu kommen, der aber durch die Einwendungen des Beklagten und des Acceptanten vereitelt worden ist. Es kommt nicht vor, daß der Kläger dem Beklagten quittirt oder ihn sonst seiner Zahlungspflicht entlassen habe. Der §. 1414 a. b. G. B. tritt nicht in Anwendung, weil die Voraussetzungen desselben fehlen; und ob der Kläger mit der Bereicherungsklage nach Art. 83 W. O. aufkommen würde, läßt sich dermalen nicht beurtheilen.

Nr. 3327.

Officiose Zeugenvernehmung über den Inhalt eines verlorenen schriftlichen Testamentes: Einfluß derselben auf die Vertheilung der Proceßrollen.

Entsch. v. 4. März 1869, Nr. 2103 (Best. des das Decr. des B. G. Pardubitz v. 25. Mai 1868, Nr 5431, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 29. Juli 1868, Nr. 22942). Zeitschr. für das Notariat 1869, Nr. 44. Gerichtsbote 1869, Nr. 31.

Um den Inhalt des angeblich von der M schriftlich errichteten und in Verlust gerathenen Testamentes zu eruiren, verfügte das Abhandlungsgericht die summarische Einvernehmung der Personen, die als Zeugen zu der Testamentserrichtung beigezogen worden sein sollen, nach deren Aussage die M mit Uebergehung ihrer Verwandten den A zum Erben eingesetzt hätte. Es wurde nun die Erbschaft von A ex testamento, von B, C und D, den nächsten Verwandten der M, ex lege angetreten, und bei der Collision dieser vom Abhandlungsgericht angenommenen Erbserklärungen, verwies dasselbe die Verwandten B, C und D zur Anstellung der Erbrechtsklage gegen A. — Das O. L. G. traf aus den nachstehenden Gründen die entgegengesetzte Entscheidung. Wenn das schriftliche Testament der M seine Wirkung behalten soll, muß nach §. 722 a. b. G. B. der Verlust und Inhalt desselben durch gerichtsordnungsmäßigen Beweis sicher gestellt und kann daher durch die summarische, nach den §§. 65 und 66 des Patents vom 9. August 1854, Nr. 208 nur bei Nuncupativtestamenten zuläßige Einvernehmung der Testamentszeugen nicht erwiesen

werden. Da nun nach §. 126 des citirten Patentes die gesetzlichen Erben gegen den Testamentserben nur dann als Kläger aufzutreten haben, wenn dessen Erbserklärung auf eine in der gehörigen Form errichtete und in ihrer Echtheit unbestrittene letzte Willenserklärung gestützt ist, A jedoch aus einem schriftlichen Testament sich erbserklärt hat, welches nicht vorliegt und dessen Bestand bestritten wird, weshalb Form und Inhalt desselben erst gerichtsordnungsmäßig erwiesen werden muß, so obliegt dem A, als Kläger gegen die gesetzlichen Erben aufzutreten und die Giltigkeit des letzten Willens nachzuweisen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil dem Erben, der sein Erbrecht auf ein in Verlust gerathenes Testament gründet, gegen die gesetzlichen Erben nur dann ein stärkeres Recht zustehen würde, wenn er nach §. 722 a. b. G. B. nachgewiesen hätte, daß der letzte Wille seine Wirkung nicht verloren habe, wozu aber die bloße Bestätigung des Inhalts der verlorenen Urkunde durch die Zeugen nicht genügt.

Nr. 3328.

Zwangsweise Einführung des Erstehers einer executiv veräußerten Liegenschaft in den Besitz.

Entsch. v. 4. März 1869, Nr. 2292 (Best. des Decr. des B. G. Wildenschwert v. 13. Mai 1868, Nr. 1571, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 12. August 1818, Nr. 23545). G. Z. 1869, Nr. 37.

A hatte bei einer executiven Versteigerung ein Haus gekauft und wurde in Gemäßheit der Feilbietungsbedingnisse auch vom Gerichte in den Besitz eingeführt. Allein B, der im Besitze der Realität war, weigerte sich, dieselbe zu räumen, weshalb A um dessen gerichtliche Delogirung bat, die auch in erster Instanz bewilligt wurde. — Die zweite Instanz wies das Gesuch des A zurück, weil der Richter erster Instanz nicht befugt ist, ohne ein vorhergegangenes Erkenntniß oder gerichtlichen Vertrag auf ein bloßes Gesuch die Execution zu ertheilen; weil ferner im Sinne der §§. 1120 und 1121 a. b. G. B. der Bestandnehmer dem licitatorischen Käufer nur nach gehöriger Aufkündung weichen muß.

Der oberste Gerichshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz. Gründe: A hat das fragliche Haus im Executionswege erstanden, wurde in den Besitz desselben gerichtlich eingeführt und B davon verständigt, ohne dagegen eine Beschwerde erhoben zu haben. Da laut den der Feilbietung zum Grunde gelegten Bedingungen, Eigenthum, Nutzungen und Lasten der veräußerten Realität mit dem Tage der Feilbietung auf den Käufer übergegangen sind; da die ge-

richtliche Einführung die Wirkung haben soll, dem Käufer den Besitz der ersteigerten Realität zu übergeben; da B die Räumung der Localitäten verweigert, ohne den Grund dieser Weigerung anzugeben, so bedarf es nicht erst eines Erkenntnisses, um denselben zu verhalten, dem neuen Käufer zu weichen, sondern es beruht dessen Verpflichtung in der dem licitatorischen Käufer bewilligten Besitzeinführung, und es findet insbesondere die Bestimmung der §§. 1120 und 1121 a. b. G. B. keine Anwendung, weil B ein Bestandverhältniß bei der Besitzeinführung des A nicht eingewendet hat.

Nr. 3329.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Rechnungslegung eines gewesenen Gemeindevorstandes.

Entsch. v. 9. März 1869, Nr. 2122 (Best. des das Decr. des B. G. Umgebung Graz v. 26. Oct. 1868, Nr. 3279, aufheb. Decr. des O. L. G. Graz v. 29. Dec. 1868, Nr. 15847). G. Z. 1869, Nr. 75.

B, ehemaliger Vorsteher der Gemeinde A, hatte auf deren Anbringen für die Zeit seiner Amtsverwaltung bei Gericht die Rechnung abgelegt, gegen welche von der Gemeinde die Mängel eingereicht wurden, worauf der förmliche Rechnungsproceß geführt worden ist und schließlich die Acteninrotulirung stattgefunden hat. — An Stelle des Urtheils erließ das Gericht erster Instanz den Bescheid auf die Aufhebung des Verfahrens wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und die Abtretung der Acten an den steiermärkischen Landesausschuß. — Das O. L. G. hob diese Verordnung auf und verordnete die meritorische Erledigung des Processes, weil es sich nicht um die Rechnung eines noch fungirenden Gemeindevorstandes, sondern um die Bemänglung der von einem gewesenen Gemeindevorstande gelegten Rechnung handelt, die Bestimmungen des Gemeindegesetzes demnach nicht Anwendung finden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung, weil der Landesausschuß seine Competenz zur Entscheidung der Sache ablehnte und die Parteien sohin auf den Rechtsweg gewiesen wurden, wonach das Gericht zur Entscheidung competent erscheint.

Nr. 3330.

Legitimation des Advocaten zur Proceßführung in einem anderen Oberlandesgerichtssprengel.

Entsch. v. 9. März 1869, Nr. 2351 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 7. Jänner 1869, Nr. 1182 und des O. L. G. Wien v. 27. Jänner 1869, Nr. 1542). G. Z. 1869, Nr. 39. G. H. 1869, S. 192.

Der Olmützer Advocat A, welcher beim Wiener H. G. im eigenen Namen eine Wechselklage überreichte, wurde von dem Gerichtshofe aufgefordert, vorerst seine Eigenschaft als Advocat nachzuweisen. — Das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid.

Der oberste Gerichtshof verwarf den a. o. Recurs des A, weil das H. G. die von dem Recurrenten eingebrachte Klage ohne den Nachweis der Berechtigung des Klägers zur Selbstvertretung nicht annehmen und in Verhandlung setzen, und, um sich die erforderliche Gewißheit über die Eigenschaft des Recurrenten als Advocaten zu verschaffen, sich nur des Mittels der Abforderung des diesbezüglichen Nachweises bedienen konnte, da ihm eine amtliche Kundmachung der Advocatenliste, wie sie in den §§. 7, 21, 29 und 35 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, vorgesehen ist, nicht vorlag, für das H. G. auch keine Verpflichtung besteht, diesfalls von amtswegen Nachforschungen zu pflegen, und das Gericht auch nach den bisherigen Einrichtungen nicht in die Lage gekommen sein kann, die Advocaten anderer Oberlandesgerichtssprengel zu kennen.

Nr. 3331.

Operis novi nunciatio: Unzulässigkeit derselben seitens des Miethers gegen den Vermiether.

Entsch. v. 9. März 1869, Nr. 2444 (Best. des das Decr. des B. G. Triest v. 25. Nov. 1868, Nr. 32944, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 24. Dec. 1868, Nr. 6828). G. H. 1869, S. 234. Gazz. dei Trib. 1869, Nr 13.

Dem Gesuche des Miethers A gegen den Vermiether B um Erlassung des Verbots der Fortsetzung der von B in dem vermietheten Hause unternommenen Bauarbeiten und auf Erlassung des Auftrages zur Herstellung der Sache in den vorigen Stand wurde vom Gerichte erster Instanz in der Erwägung stattgegeben, daß nach dem Ergebnisse des Augenscheines und nach dem Kunstbefund A durch den Bau des B in seinen Bestandrechten verletzt erscheint, indem durch die Anhäufung von Steinen und durch die Kalkbereitung sowohl den Gästen der Eintritt in das (von A in dem Hause etablirte) Wirthshaus erschwert, als auch in Folge der daraus entstandenen Wasserablagerung, das

Eindringen der Feuchtigkeit in den Keller und in die Gasthauslocalitäten bedingt wurde; daß B die Bewilligung zur Bauführung nach §. 340 a. b. G. B. nicht erwirkt hat; daß der Vermiether dem Miether für den durch seine gesetzwidrige Handlung ihm zugefügten Schaden verantwortlich und der Miether zum Schutze seiner Vertragsrechte berechtigt ist, die Einstellung der ohne seine Zustimmung in das Werk gesetzten Arbeiten zu verlangen.

Der oberste Gerichtshof hat das Gesuch abgewiesen, weil das Begehren des A auf Erlassung des im §. 340 a. b. G. B. vorgesehenen Bauverbotes gestellt ist, in dieser Richtung aber ihm als Miether gegen den Vermiether ein Verbotsrecht nicht zusteht, indem die Einstellung eines neuen Baues nur von dem Besitzer einer Liegenschaft oder eines dinglichen Rechtes zum Schutze seiner durch die Bauführung verletzten oder gefährdeten Rechte verlangt werden kann, und weil hier dem Miether nur das Recht zugestanden wäre, mittelst der Besitzstörungsklage die ungestörte Benutzung der ihm vermietheten Räume und etwa den Schadenersatz für die Beeinträchtigung seines Gebrauchsrechtes in Anspruch zu nehmen, in welch' letzterer Richtung dem A das Klagerecht noch vorbehalten bleibt.

Nr. 3332.

Qualificirtes Geständniß: Beweislast. — Haupteid über dem Delaten unbekannte Thatsachen.

Entsch. v. 10. März 1869, Nr. 2282 (Best. des das Urth. des B. G. Wolfsberg v. 11. Dec. 1868, Nr. 4750, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 26. Jänner 1869, Nr. 578). G. Z. 1869, Nr. 80.

Von A, als Erben des M, wegen Zahlung eines Darlehens von 100 fl. belangt, leugnete der Beklagte, das Geld als Darlehen empfangen zu haben, und führte an, er habe die 100 fl. von M dafür erhalten, daß er demselben auf Lebzeit eine Wohnung einräumte, welche von M auch bezogen und bis zu seinem Tode benützt worden sei. Diesen Behauptungen wurde vom Kläger widersprochen. Die erste Instanz wies den Kläger unbedingt ab. — Das O. L. G. verurtheilte den Beklagten zur Zahlung für den Fall, daß der Kläger mit dem ihm vom Beklagten aufgetragenen Haupteid die obigen Anführungen des letzteren ableugnen würde. In den Motiven der zweiten Instanz heißt es: Wenn der Beklagte auf den Widerspruch des Klägers das angebliche Uebereinkommen und dessen Erfüllung, resp. den entgeltlichen Titel für den Empfang der 100 fl. durch den darüber aufgetragenen und vom Kläger angenommenen Haupteid nicht zu beweisen vermag, so muß, da eine Schenkung weder vermuthet, noch vom Beklagten

behauptet wird, auf Grund concludenter Handlungen im Sinne des §. 863 a. b. G. B. angenommen werden, daß M die 100 fl. dem Beklagten als Darlehen gegeben habe und ist sodann der letztere nach §. 863 und wegen Nichterfüllung des angeblichen Vertrages (des Versprechens der Wohnung) auch schon nach § 1447 a. b. G. B. zur Zurückstellung der 100 fl. verpflichtet. — Dagegen ergriff der Beklagte die Revisionsbeschwerde: Nicht er habe den Vertrag über die Einräumung der Wohnung, sondern nach §. 104 a. G. O. habe der Kläger die Hingabe der 100 fl. als Darlehen zu beweisen; denn wenn auch der Beweis des Wohnungsvertrages nicht geliefert wird, so stehe darum noch nicht fest, daß ein Darlehensvertrag geschlossen wurde. Auf den deferirten Hauptleid sei aber auch deshalb nicht zu erkennen gewesen, weil von den Thatsachen, worauf der Eid sich bezieht, dem Kläger nach seinem eigenen Geständnisse nichts bekannt ist und er nur schwören könnte, daß er nicht wisse, ob der Vertrag bestehe. Eben darum hätte der Kläger den unter der letzteren Voraussetzung ihm aufgetragenen Eid zurückschieben sollen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit einfacher Berufung auf dessen Begründung.

Nr. 3333.

Collision von Erbserklärungen: hinsichtlich ihrer Echtheit bestrittene letztwillige Erklärung.

Entsch. v. 10. März 1869, Nr 2480 (Best. des Decr. des B. G. Wels v. 23. Nov. 1868, Nr. 2339, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 27. Jänner 1869, Nr. 1469). G. Z. 1869, Nr. 10.

Zur Verlassenschaft des M hatten sich die Witwe auf Grundlage eines Testamentes und eines in beglaubigter Abschrift beigebrachten Ehevertrages und die Tochter des Verstorbenen auf Grundlage des Gesetzes zu Erben erklärt. Letztere bestritt die Echtheit des Testamentes und die Existenz des Ehevertrages. — Von dem Gerichte erster Instanz wurde nun die Witwe zur Erbrechtsklage gegen die Tochter verwiesen. — Das O. L. G. traf die entgegengesetzte Entscheidung, in der Erwägung, daß die Tochter die äußere Form der letztwilligen Erklärung des Verstorbenen vom 12. Jänner 1857, auf welche dessen Witwe ihr Erbrecht gründen will, nicht ausdrücklich beanständet hat, wonach dieselbe vorläufig als in gehöriger Form errichtet anzusehen ist; daß der bloße Widerspruch gegen die Echtheit der letztwilligen Erklärung, welchen die Tochter ohne alle weitere Begründung vorbrachte, als eine Bestreitung der Echtheit im Sinne des §. 126 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 nicht zu betrachten ist; daß somit vielmehr

der Intestaterbin die Bestreitung des stärkeren Erbrechtstitels der Witwe obliegt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid, weil die Anordnung des §. 126 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, daß bei vorkommenden widersprechenden Erbserklärungen dem Testamentserben gegenüber der gesetzliche Erbe als Kläger auftreten müsse, ausdrücklich durch das Vorhandensein einer nicht blos in der gehörigen Form errichteten, sondern auch hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittenen letzten Willenserklärung bedingt ist, von der Recurrentin aber die Echtheit der kundgemachten letzten Willenserklärung und die Existenz des darin bezogenen, nur in beglaubigter Abschrift beigebrachten Heiratsvertrages bestritten wurde.

Nr. 3334.

Meistgebotsvertheilung: Löschung einer eventuell zur Zahlung gewiesenen Satzpost.

Entsch. v. 10. März 1869, Nr. 2509 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Smichow v. 16. Jänner 1868, Nr. 21461 und des O. L. G. Prag v. 16. Dec. 1868, Nr. 36014). G. H. 1870, S. 201.

Bei der Vertheilung des Meistgebotes für eine im Executionsweg versteigerte Liegenschaft sind vier pränotirte Forderungen für den Fall der Rechtfertigung auf das Meistgebot an- und für den entgegengesetzten Fall die denselben entsprechenden Beträge von zusammen 1661 fl. den zunächst leer ausgehenden Gläubigern zugewiesen worden. Die Rechtfertigung der Pränotationen unterblieb und wurde daher die Satzforderung der nächsten Gläubigerin B auf den freigewordenen Rest des Meistgebotes per 1661 fl. angewiesen. Hierauf begehrte der Ersteher der Liegenschaft A die grundbücherliche Löschung der Hypothek der B, welche in erster und zweiter Instanz bewilligt wurde, weil — nach den Motiven des O. L. G. — in Folge der rechtskräftigen Vertheilung des Kaufpreises den Pfandgläubigern gegenüber das Meistgebot an die Stelle der Pfandsache getreten ist, die Forderungen der Satzgläubiger nur auf das erstere geltend gemacht werden können, daher, mit Rücksicht auf die Vertheilung und auf die an A erfolgte Einantwortung der Liegenschaft, der Löschung der Hypothek der B um so weniger etwas entgegen steht, als dieselbe nur auf den oben erwähnten ihr bedingt zugewiesenen, durch die unterbliebene Pränotation nunmehr frei gewordenen Betrag einen Anspruch machen kann und bereits gemacht hat, wodurch aber ihre Hypothek nicht berührt und deren Löschung nicht behindert werden kann.

Auf den a. o. Recurs der B hat der oberste Gerichtshof das Löschungsgesuch des A in der Erwägung abgewiesen, daß nach der

Meistgebotsvertheilung die Löschung der Hypotheken nur von jenen Forderungen bewilligt werden kann, die unbedingt nicht zur Zahlung aus dem Meistgebote gelangen; daß aber die Forderung der B nur bedingt von der Vertheilung ausgeschlossen und vielmehr für den Fall der unterbliebenen Rechtfertigung der Pränotation der vorgängigen Forderungen auf das Meistgebot an- und nach dem Eintritt dieses Falles der für jene Forderungen verbliebene Rest in der That der B für ihre Forderung zugewiesen worden; daß mithin von einer Löschung der Forderung der B auf Grund der vorgenommenen Meistgebotsvertheilung keine Rede sein kann.

Nr. 3335.

Dauer der Verpflichtung des Ehemannes zur Zahlung von Alimenten an die getrennt lebende Gattin.

Entsch. v. 10. März 1869, Nr. 2613 (Best. des Urth. des B. G. Bozen vom 17. Oct. 1868, Nr. 9914, Abänd. des Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 17. Dec. 1868, Nr. 4233). G. Z. 1869, Nr. 76. G. H. 1869, S. 331.

Auf die Alimentenklage der A gegen ihren Ehemann B entschieden beide Untergerichte, daß B zur Zahlung der Alimente seit 18. Juni 1867, als dem Tag, an welchem er die Klägerin aus der gemeinschaftlichen Haushaltung vertrieben hatte, verpflichtet sei. — Die erste Instanz erkannte weiters, daß B die Alimente so lange zu bezahlen habe, als er und die Klägerin von einander getrennt leben, wogegen das O. L. G. den Anspruch der letzteren auf die Zeit bis inclusive 29. October 1867 beschränkte, an welchem Tag der bevollmächtigte Vertreter des Beklagten, Advocat X, in der Einrede erklärte, daß er (Beklagter) jederzeit bereit sei, die Klägerin bei sich wieder aufzunehmen.

Gegen diese obergerichtliche Abänderung ergriff die Klägerin die Revisionsbeschwerde, auf welche der oberste Gerichtshof das Urtheil der ersten Instanz bestätigte. Gründe: Der Richter ist bei der Entscheidung dieses Rechtsstreites nicht berufen, festzustellen, ob die Klägerin in Folge der erwähnten Erklärung des Vertreters des Beklagten verpflichtet sei, zu demselben zurückzukehren; der Ehemann muß vielmehr, wenn sie nicht freiwillig zurückkehrt und er ihre Rückkehr durchsetzen will, auf anderem Wege bei den Behörden die nöthigen Schritte machen. Die vom Vertreter des Beklagten am 29. October 1867 abgegebene Erklärung kann auf die Proceßentscheidung keinen Einfluß ausüben, und die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Alimente dauert fort, so lange die Klägerin von ihm getrennt lebt und nicht — freiwillig oder von der Behörde gezwungen — zu ihm zurückkehrt.

Nr. 3336.

Verzicht auf die Rechnungslegung durch vorbehaltlose Annahme der Einkünfte des verwalteten Gutes.

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 51 (Best. des Urth. des L. G. Krakau vom 27. Jänner 1868, Nr. 22217, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 25. Juni 1868, Nr. 19649). G. H. 1869, S. 420.

In den Motiven des oberstgerichtlichen Urtheiles, womit die Klage der A wider ihre Mutter B auf Ablage der Rechnung über die von der letzteren geführte Verwaltung einer von der A und ihren Geschwistern nach dem Tode ihres Vaters ererbten Liegenschaft abgewiesen wurde, heißt es unter anderem: Wird noch erwogen, daß die A durch eine Reihe von Jahren alljährlich die in halb- und ganzjährigen Fristen und zwar immer für bestimmte Termine als ihren Antheil an den Gutseinkünften zugesendeten Geldbeträge bezogen und darüber ohne Vorbehalt quittirt hat, so muß auch angenommen werden, daß sie selbst die Ziffer der wirklichen Einkünfte nicht für höher gehalten hat und daß daher nach §. 863 a. b. G. B. als erwiesen zu betrachten ist, daß die A durch diese stets unbeanständete Annahme stillschweigend erklärt habe, damit einverstanden zu sein, daß ihr nur der jährlich zugeschickte Betrag von 150 fl. als das Erträgniß von ihrem Gutsantheil zukomme, und daß sie hiedurch des Rechtes, Rechnungsablage zu fordern, sich begeben habe.

Nr. 3337.

Frachtgeschäft oder Bevollmächtigung?

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 87 (Best. des Urth. des B. G. Feldsberg v. 12. Oct. 1867, Nr. 3978, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 5. Mai 1868, Nr. 7396). G. Z. 1869, Nr. 38.

Der Tabakverleger A hatte mit dem Grundbesitzer B das Uebereinkommen getroffen, wornach derselbe, wenn er nach Wien fuhr, sein Tabakgeschirr mitnahm, in Wien Tabak und Stempel für ihn faßte und zurückbrachte, zu welchem Behufe er ihm das nöthige Geld mitgab. Eines Tages frug A den B, ob er an diesem Tage selbst nach Wien fahre, weil er ihm eine größere Summe Geldes mitzugeben habe. B bejahte, kam aber Nachmittags mit einem Kutscher, weil er selbst zu fahren verhindert sei; der Commis des A versiegelte Geld und Coupons in zwei Paquets und gab selbe dem B, welcher sie dem Kutscher C behändigte und dem A auf Befragen die Auskunft gab, daß C der Sohn seines Nachbars sei und er ihn als einen verläßlichen Mann kenne. Nun fuhr C mit dem Gelde fort, übergab

es aber in der Nachtstation zur größeren Sicherheit dem im Wirthshause bedienſteten Hausknechte, welcher mit dem größten Theile des Geldes, 900 fl., durchging und nach längerer Zeit, jedoch ohne Geld, von der Behörde aufgegriffen wurde. Nun belangte A den B auf den Ersatz der 900 fl. Der letztere wendete ein, daß er nur das Tabakgeschirr, dann die Waare (Tabak und Stempel) gegen Vergütung, daher als Fracht für A befördert, das Geld aber stets nur aus Gefälligkeit, ohne Lohn, mitgenommen und auch öfter dem A erklärt habe, daß er für selbes keine Verantwortung übernehme, worüber er den Haupteid auftrug. — Die erste Instanz verurtheilte den Geklagten zur Zahlung. — Die zweite Instanz wies den Kläger ab. Gründe: Es handelte sich zwischen den Streittheilen nicht allein um eine Verfrachtung nach Wien und zurück, sondern auch um die Fassung von Tabak und Stempeln und nothwendig damit in Verbindung um Zahlung mit dem übergebenen Gelde oder den übergebenen Effecten, mithin um die Ausführung eines Kaufgeschäftes. Nach §. 960 a. b. G. B. ist demnach der Geklagte als Gewalthaber des Klägers anzusehen. Wenn nun der Kläger diese Vollmacht wirklich nur dem Geklagten im Vertrauen auf seine Persönlichkeit gegeben hat, so ist zunächst die Frage zu lösen, wie weit Geklagter darum zu haften hat, daß er nicht selbst nach Wien gefahren ist, vielmehr das Geschäft dem C übertragen hat. Nun führt Kläger in dieser Richtung an, daß er den Geklagten, als derselbe mit C zu seinem Gewölbe kam, zur Rede gestellt hat, warum er nicht selbst fahre, und daß demselben nach der gemachten Versicherung von der Verläßlichkeit des C damals die fraglichen Werthe übergeben wurden. Auch die vom Kläger vorgeführten Zeugen erzählen den Vorgang derart, daß Kläger, als sein Commis dem Geklagten Geld und Werthe übergab, schon wußte, daß C nach Wien fahre. Wenn nun Kläger im Bewußtsein, daß Geklagter das Geschäft nicht persönlich, sondern durch C ausführen werde, dasselbe ihm dennoch übertragen hat, so muß dies als eine Aenderung in der Art der Bevollmächtigung angesehen werden, wonach eingewilligt ist, daß Geklagter das Geschäft durch einen Dritten besorgen lasse. Geklagter haftet demnach zufolge §. 1010 a. b. G. B. nur für ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden. Die Verläßlichkeit des C, seine Tauglichkeit zu dem übertragenen Geschäfte ist vom Kläger nicht in Frage gezogen, mithin erscheint Geklagter für den Schaden nicht verantwortlich, welcher dem Kläger dadurch zugeht, daß das Geschäft darum nicht zur Ausführung gekommen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil erster Instanz: Gründe: Da Kläger selbst angibt, daß der Geklagte für ihn nur die Verfrachtung und nicht auch den Kauf des Tabakes zu besorgen hatte, so erscheint letzterer auch nur als Frachter des Klägers. Als solcher haftet er aber nach §. 1316 a. b. G. B. auch für den Schaden, den

sein eigener oder der von ihm zugewiesene Dienstbote C an der Fracht verursacht hat und es ist daher von keiner Bedeutung, daß der Kläger gesehen und gewußt hat, es fahre nicht der Geklagte selbst, sondern der von diesem aufgenommene C mit den Geld- und Wertheffecten-paquets und Tabakgeschirre nach Wien. Ebenso ist es unentscheidend, daß der Geklagte blos für den Transport der Waare bezahlt worden sein und die Geld-, dann Wertheffectenpaquets aus Gefälligkeit und ohne Entlohnung mitgenommen haben will, da sie demungeachtet ihm doch nur in seiner Eigenschaft als Frachter übergeben wurden, zumal sie versiegelt waren. — Er behauptet zwar auch, und erbietet sich durch Haupteid zu erweisen, daß er dem Kläger öfters erklärt habe, er nehme für das ihm übergebene Geld keine Haftung auf sich; allein er behauptet nicht und bietet keinen Beweis darüber an, daß der Kläger sein Einverständniß dazu erklärt habe. Insbesonders hat er, obwohl der Kläger ihm bemerkte, daß er dieses Mal viel Geld mitgeben werde, nicht insbesondere die Verantwortung dafür abgelehut, vielmehr den Kläger damit beruhigt, daß der von ihm Bestellte als verläßlich bekannt sei.

Nr. 3338.

Forum contractus: fortgesetzte Geschäftsverbindung mit regelmäßiger Zahlung am gleichen Orte. Rücksichtnahme auf das Ergebniß der gleichzeitigen Verhandlung in der Hauptsache bei der Entscheidung über die Competenzeinrede.

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 897 (Best. des das Urth. des L. G. Linz v. 29. Oct. 1868, Nr. 8564, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 14. Dec. 1868, Nr. 23248). G. Z. 1869, Nr. 49.

A in Linz klagte gegen B in Salzburg bei dem L. G. Linz als forum contractus auf Zahlung von 102 fl. 80 kr. für gelieferte Oefen und deferirte dem Beklagten den Haupteid zum Beweise des vom Letzteren geleugneten Uebereinkommens auf Zahlung in Linz. Der Beklagte nahm diesen Eid an und vertheidigte sich in merito mit der Anführung, daß er die Oefen nicht gekauft, sondern von dem Kläger für dessen Rechnung in Verkaufscommission übernommen habe. Dafür deferirte er dem Kläger den Haupteid, welchen dieser ebenfalls annahm. — Das L. G. Linz erkannte auf beide Eide. — Das O. L. G. hingegen hielt den Beweis der auf Linz vereinbarten Zahlung ohne Eid für erbracht, eliminirte daher den dem Beklagten deferirten Eid und erkannte in merito in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: Der Geklagte hat die Competenz des L. G. in Linz deshalb bestritten, weil er sein Domicil in Salzburg habe, ein ausdrückliches Uebereinkommen, zufolge dessen Linz als Zahlungsort bedungen worden wäre, nicht getroffen worden sei, und er daher nicht in Linz, sondern bei dem Personal- oder Causalgerichte in Salzburg zu belangen gewesen wäre. Allein wenn das Obergericht aus dem aus der Rechnung ersichtlichen, vom Geklagten auch nicht widersprochenen Umstande, daß der Geklagte auf die ihm vom Kläger gelieferten Waaren in den Jahren 1863, 1864, 1866 und 1867 die Zahlungen wiederholt in Linz geleistet hat, aus den vorgelegten Briefen, worin derlei Zahlungsleistungen in den Jahren 1864 und 1865 ausdrücklich in Linz zugesichert wurden, und vermöge der im Verkehre zwischen Geschäftsleuten vorauszusetzenden Absicht eines gleichmäßigen Vorganges bezüglich der zu leistenden Zahlungen zu dem Schlusse gelangt ist, daß zwischen den beiden Streittheilen ein Uebereinkommen auf den Zahlungsort Linz wirklich bestanden habe, so erscheint dies, zumal denn doch auch der §. 43 der J. N. zur Begründung des Gerichtsstandes des Vertrages nicht mehr voraussetzt als eine erkennbar gewordene Willensmeinung der Contrahenten auf einen bestimmten Zahlungsort, genügend gerechtfertigt, und es kann ein Grund, das obergerichtliche Urtheil im Ausspruche über die Einwendung der Competenz abzuändern und die Statthaftigkeit dieser Einwendung von dem, vom Gerichte erster Instanz zugelassenen Beweise abhängig zu machen, im gegenwärtigen Falle um so minder gefunden werden, als die vom Gerichte erster Instanz eventuell in der Hauptsache gefällte Entscheidung von keinem der beiden Streittheile angefochten worden ist, und es daher eine offenbar zwecklose Verschleppung der Rechtspflege wäre, durch ein bedingtes Erkenntniß bezüglich der exceptio fori den bereits in der Hauptsache durchgeführten und in einer Weise, mit welcher sich beide Streittheile zufrieden gegeben haben, entschiedenen Proceß der Eventualität der Erfolglosigkeit auszusetzen und einer neuerlichen Verhandlung und Entscheidung eines anderen Gerichtes zuzuführen, ungeachtet beide Theile durch die Unterlassung der Appellation gegen das eventuelle Erkenntniß in der Hauptsache zu erkennen gegeben haben, daß sie den Spruch in der Hauptsache der Sachlage und dem Gesetze entsprechend anerkennen.

Nr. 3339.

Exceptio non numeratae pecuniae gegen eine Hypothekarklage. Anerkennung der Schuld durch Zinsenzahlung.

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 1407 (Best. des Urth. des L. G. Prag vom 15. Mai 1868, Nr. 6914, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 29. Sept. 1868, Nr. 26419). G. H. 1869, S. 223. G. Z. 1872, Nr. 13.

Auf Grund der seit mehr als drei Jahren auf der Liegenschaft des B intabulirten Schuldverschreibung über ein von A dem B gegebenes Darlehen von 3200 fl. belangte Ersterer den Letzteren auf Zahlung. Der Beklagte erhob dagegen für 600 fl. die exceptio non numeratae pecuniae mit Delation des rückschiebbaren Haupteides, indem er nur 2600 fl. zugezählt erhalten habe; wogegen der Kläger sich auf das Eingetragensein der Schuldurkunde seit mehr als drei Jahren berief, um deren Inhalt als unanfechtbar darzustellen. — Die erste Instanz verurtheilte den B ohne Weiteres zur Zahlung der vollen 3200 fl. Das O. L. G. aber erkannte in Betreff der contestirten 600 fl. auf obigen Haupteid, von der Ansicht ausgehend, daß nur der gutgläubige Dritte, der Uebernehmer der seit länger als drei Jahren intabulirten Forderung, nicht der Darleiher selbst nach dem Gesetze (§. 1467 a. b. G. B. und Hofdcr. vom 29. August 1818, J. G. S. Nr. 1488) die Unanfechtbarkeit derselben in Anspruch nehmen könne.

Der oberste Gerichtshof räumte diesen Schutz auch dem Darleiher ein, hier um so mehr, als die Anerkennung der Richtigkeit der ganzen Forderung von Seite des Beklagten durch concludente Handlungen desselben: Zahlung der 5% Interessen seit 1856—1864 von dem ganzen Betrage von 3200 fl. festgestellt ist, — und bestätigte das erstgerichtliche Urtheil.

Nr. 3340.

Cautio indiscreta: remuneratorische Schenkung?

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 1921 (Best. des das Urth. des B. G. Aussig v. 25. Oct. 1868, Nr. 8269, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 7. Dec. 1868, Nr. 36265). G. Z. 1869, Nr. 74.

A belangte die Eheleute B wegen Zahlung von 50 fl. auf Grund einer ihm am 24. April 1868 ausgestellten Urkunde, worin die Beklagten versprachen, nach Erhalt des Versicherungsbetrages aus dem X'schen Vereine die Summe von 50 fl. an die Ordre des Klägers zu zahlen. Die Urkunde enthält im Context die Bezeichnung: Honorarwechsel und den Beisatz: Werth in Barem. Da dieselbe weder als Wechsel gelten konnte, noch — beim Mangel der Anführung der causa debendi und der Unterschrift von Zeugen auf dem von den Ausstellern

nicht eigenhändig geschriebenen Document — ein Darlehen zu beweisen geeignet war, so handelte es sich um die Frage: ob sie eine remuneratorische Schenkung enthalte. In dieser Richtung wurde vom Kläger angeführt, daß ihm die Beklagten die 50 fl. aus dem Grunde versprochen hätten, weil er, während ihr Haus von ihm bewirthschaftet wurde, die Feuerassecuranzgebühren bestritten und das Assecuranzcapital von 500 fl. auf 600 fl. erhöht habe, welche Versicherungssumme die Beklagten nach dem Brande des Hauses im Jahre 1868 auch wirklich erhielten. Diese Genesis der Urkunde wurde von den Beklagten abgeleugnet und der Beweis dafür vom Kläger durch Delation des rückschiebbaren Eides angeboten. Beide Untergerichte entschieden unbedingt, und zwar die erste Instanz nach dem Klagebegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das abweisende Urtheil der zweiten Instanz und bemerkte in seinen Motiven: Nach §. 943 a. b. G. B. erwächst dem Donatar aus einem nur mündlich, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrag kein Klagerecht und müßte dieses durch schriftliche Urkunde begründet werden. Die producirte Urkunde ist aber keine solche Schenkungsurkunde. Sie enthält keinen Rechtstitel, also auch nicht den einer remuneratorischen Schenkung. Durch den über das Schenkungsversprechen aufgetragenen Haupteid kann dieser Rechtstitel, dem citirten Paragraph zufolge, ebenfalls nicht wirksam begründet werden, weil damit wieder nur ein blos mündliches Schenkungsversprechen bewiesen sein würde. Allein auch nicht zur Ergänzung der Urkunde kann auf jenen Haupteid erkannt werden, weil der Inhalt derselben nicht nur durch Auslassung des Titels mangelhaft ist, sondern auch mit der durch den Eid zu beweisenden Thatsache in Widerspruch stände, indem die Urkunde auf ein entgeltliches Geschäft hindeutet, während Schenkungen wesentlich auf der Unentgeltlichkeit beruhen. Als Darlehen aber darf ein mündlich versprochener Schenkungsbetrag nicht behandelt werden, weil damit der §. 943 a. b. G. B. umgangen würde.

Nr. 3341.

Bescheinigung des mit der Excindirungsklage geltend gemachten Anspruches durch Eidesdelation?

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 2185 (Best. des das Decr. des B. G. Oswiecim v. 17. Mai 1868, Nr. 2168, abänd. Decr. des O. L. G. Krakau v. 5. Nov. 1868, Nr. 11266). G. H. 1869, S. 168.

Auf Grund der Excindirungsklage, womit die A das Eigenthum an den von B bei seinem Schuldner, ihrem Ehegatten, gepfän-

beten Mobilien lediglich unter Anbietung des Eigenthumsbeweises durch Haupteid reclamirte, begehrte sie die Suspension der bereits angeordneten Feilbietung der Mobilien, welche in erster Instanz ohne Weiteres, vom O. L. G. aber nur gegen Caution der A bewilligt wurde, weil dieselbe durch die bloße Anbietung des Beweises mittelst Haupteid ihr Eigenthum im Sinne des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889 §. 3 nicht gehörig bescheinigt habe.

Auf den Recurs der A, in welchem sie geltend machte, daß der Haupteid, als ein gerichtsordnungsmäßiges Beweismittel, zur bloßen Bescheinigung ihrer Ansprüche im Sinne des citirten Hofdecretes hinreiche, und außerdem zur Nachweisung derselben die mit dem Schuldner des B errichteten Ehepacten vorlegte, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung des O. L. G. mit Bezugnahme auf die Gründe derselben und mit der Bemerkung bestätigt, daß auf die erst mit dem Revisionsrecurse vorgelegten Ehepacten keine Rücksicht genommen werden kann.

Nr. 3342.

Anspruch des Executionsführers auf Ersatz der mit seiner freiwilligen Intervention bei der Pfändung und Schätzung nothwendig verbundenen Kosten.

Entsch. v. 11. März 1869, Nr. 2547 (theilweise Best. des Decr. des B. G. Kenty v. 18. Juni 1868, Nr. 1939, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau v. 17. Nov. 1868, Nr. 11942). G. H. 1869, S. 193.

Zu der in X vorgenommenen Mobilienpfändung und Schätzung bei dem B hatte der anderswo domicilirte Executionsführer A von seinem Wohnort einen Intervenienten entsendet und begehrte den Zuspruch der hieraus erwachsenen Kosten, welche vom Gerichte erster Instanz im Betrage von 10 fl. als Executionskosten dem A liquidirt wurden, — wogegen des O. L. G. den Ersatz dieser Kosten nicht bewilligte, weil die Intervention des Executionsführers bei den Executionsacten zwar demselben unbenommen, allein gesetzlich nicht vorgeschrieben sei, die Kosten der Intervention daher dem Executen nicht auferlegt werden dürfen.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß nach §. 455 westg. G. O. der Executionsführer berechtigt sei, bei der Execution gegenwärtig zu sein und daher den Ersatz der deshalb erwachsenen Kosten anzusprechen. Da aber die executionsmäßige Forderung gering und deshalb die Entsendung eines Bevollmächtigten nach X nicht nothwendig war, indem A wohl leicht in der Lage sein konnte, eine dort wohnhafte Person zur Intervention zu bestellen, wurde vom obersten Gerichtshofe der Betrag der Kosten auf 2 fl. herabgesetzt.

Nr. 3343.

Annullirung einer Feilbietung wegen unterbliebener Verständigung der Steuerbehörde.

Entsch. v. 16. März 1869, Nr. 1937 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Montone v. 2. Jänner 1868, Nr. 2673 und des O. L. G. Triest v. 15. Sept. 1868, Nr. 4904). G. H. 1869, S. 168. G. Z. 1872, Nr. 19.

Die executiven Feilbietungen der von A in Execution gezogenen Liegenschaft des B, welcher mit der Grundsteuer im Rückstande war, wurden ohne Verständigung des Steueramtes ausgeschrieben und abgehalten. Der Executionsführer erstand bei der dritten Feilbietung das Gut, welches demselben zugeschlagen wurde. Den dagegen ergriffenen Recurs der Finanzprocuratur wegen unterbliebener Verständigung des Steueramtes, hat das O. L. G. abgewiesen, weil der Steuergläubiger einem Satzgläubiger nicht gleich gestellt werden könne, und außerdem im Recurs zugegeben werde, daß das Steueramt von den Feilbietungsterminen Kenntniß hatte.

In Erwägung, daß mit Just.-Min.-Verordn. vom 7. December 1866, R. G. Bl. Nr. 155 die gerichtliche Verständigung des Steueramtes, in dessen Bezirk die Realität gelegen ist, von der bewilligten Feilbietung derselben zu dem Ende vorgeschrieben ist, damit das Steueramt in die Lage versetzt werde, die Steuern, denen ein gesetzliches Pfandrecht daran zukommt, in gehöriger Zeit bei Gericht anmelden zu können; daß hier diese Verständigung unterblieben ist, obschon der Executionsführer selbst darum gebeten hatte, — hat der oberste Gerichtshof die neue Ausschreibung der dritten Feilbietung des in Execution gezogenen Gutes angeordnet.

Nr. 3344.

Arbitrium finium regundorum: Verfahren bei Grenzstreitigkeiten.

Entsch. v. 16. März 1869, Nr. 2611 (Best. des das Decr. des B. G. Peuerbach v. 8. Jänner 1869, Nr. 1278, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Februar 1869, Nr. 2379). G. Z. 1869, Nr. 37.

A brachte wider B an, daß die Grenzsteine ihrer beiderseitigen Grundstücke verschwunden und die Grenzen unkennbar geworden seien, und bat um Anordnung eines Localaugenscheines, Vornahme der Grenzberichtigung, eventuell Theilung des streitigen Raumes nach dem Verhältnisse des Besitzes. B erklärte in der ihm abgeforderten Aeußerung sich dagegen, weil nie Marksteine bestanden, sondern stets ein Wassergraben die Grenze gebildet habe. — Das Gericht wies nun das Gesuch

des A ab. Gründe: Ueber die Form, in welcher bei Grenzerneuerung oder -Berichtigung nach §§. 850 und 851 a. b. G. B. vorzugehen sei, ist im Gesetze keine Anordnung enthalten. Es sind bezüglich des Verfahrens demnach die allgemeinen, auch in anderen Fällen des bürgerlichen Rechtes geltenden Grundsätze maßgebend, welche darin bestehen, daß im Falle eines obwaltenden Streites die Partei ihr Recht durch eine Klage geltend zu machen hat, und daß ohne Klage vom Gerichte nicht entschieden werden kann. Zudem erklärt hier die Gegenpartei sich mit der Berichtigung der Grenzen nicht einverstanden, und um Erneuerung der Grenzzeichen handelt es sich nicht, da nie solche bestanden haben. — Die zweite Instanz hingegen verordnete, daß alle theilnehmenden Nachbarn zu der von A angesuchten Erneuerung der Grenzen vorzuladen und sodann das weitere Amt zu handeln sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung in der Erwägung, daß der §. 851 a. b. G. B. das Gericht anweiset, bei Grenzstreitigkeiten vor Allem den letzten Besitzstand zu schützen und den ordentlichen Rechtsweg erst dann zulässig erklärt, wenn eine Partei durch die im Wege des Besitzverfahrens getroffene provisorische Verfügung des Gerichtes sich verletzt glaubt.

Nr. 3345.

Verbot: Redeponirung der zurückgestellten Caution in Folge obergerichtlicher Aufhebung des Erfolglassungsbescheides.

Entsch. v. 16. März 1869, Nr. 2656 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Linz v. 11. Jänner 1869, Nr. 66 und des O. L. G. Wien v. 27. Jänner 1869, Nr. 1800). G. Z. 1869, Nr. 29. G. H. 1870, S. 118.

A hatte beim L. G. Linz wider B am 25. Mai 1868 ein Verbot auf Hafer, der für B im Bahnhofe eingelagert war, gegen den — von ihm, A, geleisteten Erlag — einer baren Caution von 200 fl. erwirkt, aber am 29. Mai schon angezeigt, daß er sich mit B ausgeglichen habe, weßhalb das Verbot aufgelassen, und ihm die Caution erfolgt werden wolle, was beides bewilligt wurde. — Auf den Recurs des B hat jedoch das O. L. G. und sohin auch der oberste Gerichtshof das Erfolglassungsbegehren des A abgewiesen, und nun bat A um Erlassung eines Auftrages an B zur Redeponirung der 200 fl. — Das H. G. erließ ohne weiters diesen Auftrag und das O. L. G. bestätigte denselben, weil er nur die nothwendige Consequenz des in zweiter und dritter Instanz abgewiesenen Erfolglassungsbegehrens ist, und von Seite der Oberbehörden ein Auftrag, die Redeponirung zu veranlassen, nur deßhalb nicht ergangen war, weil ihnen nicht vorlag, daß die Erfolglassung schon in Vollzug gesetzt worden sei. A ergriff

den a. o. Revisionsrecurs. Denn es sei keiner der zwei Fälle (§§. 285 und 291 a. G. O.) eingetreten, wo der Gegner des Verbotwerbers Genugthuung für Schimpf und Schaden leisten müsse, nämlich weder ein Versäumniß der Rechtfertigungsklage, indem das Verbot vom 25. schon am 29. Mai, also vor Ablauf der Frist zur Klage, wieder aufgelassen wurde, noch seine Sachfälligkeit in der Hauptsache. Zudem weise das Hofdecr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 q, im Falle das Verbot aufgehoben wurde, ohne eine Genugthuung für den Gegner des Verbotswerbers auszumessen, denselben auf den ordentlichen Rechtsweg.

Der oberste Gerichtshof gab diesem a. o. Recurse keine Folge, in der Erwägung, daß die Wiederherstellung des vorigen Standes, also die gerichtliche Verwahrung der Caution, eine nothwendige Folge davon ist, daß die Verordnung, auf Grund deren sie hinausgegeben wurde, behoben worden ist; gerade so, wie eine vorgenommene Pfändung oder ein anderer Gerichtsact wieder aufgehoben werden muß, wenn die Bewilligung, die demselben zu Grunde lag, für unwirksam erklärt wurde. Zudem kann über die Frage, ob dem Gegner durch das Verbot kein Nachtheil erwachsen und die Caution dem Verbotswerber zurückzustellen sei, nicht im Wege des Recurses entschieden werden. Endlich enthält das Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, Nr. 621 q, keine Bestimmung über Erfolglassung der Verbotscaution, sondern nur über die Gerichtszuständigkeit.

Nr. 3346.

Executive Veräußerung einer Liegenschaft: Fortsetzung einer gegen den Executen begonnenen Execution gegen den Ersteher?

Entsch. v. 16. März 1869, Nr. 2888 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Jechnitz v. 1. Nov. 1868, Nr. 6933 und des O. L. G. Prag v. 31. Dec. 1868, Nr. 39675). G. H. 1869, S. 258. G. Z. 1870, Nr. 56.

Nach der auf Einschreiten des C vollzogenen executiven Veräußerung der Realität des B begehrte A auf Grund seines früher erworbenen executiven Pfandrechtes an der Liegenschaft die executive Schätzung derselben und wurde in allen Instanzen abgewiesen. — Das O. L. G. bemerkte in seinen Motiven, daß der von A angerufene §. 6 der Just.-Minist.-Verordn. vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, in dem Fall des bereits vollzogenen Zwangsverkaufes der Pfandsache keine Anwendung habe, weil vom Augenblick des Zwangsverkaufes das Meistgebot an die Stelle der Sache trete und die Pfandgläubiger nur darin und nicht in der Realität — den Fall des §. 338 a. G. O. ausgenommen — ihre Befriedigung suchen können.

Der oberste Gerichtshof bezog sich auf diese Begründung und setzte hinzu, daß der §. 338 a. G. O. gegen den zahlungsunfähigen

Ersteher einer executiv veräußerten Liegenschaft bis zu dessen Intabulation das sehr wirksame Rechtsmittel der Relicitation nicht blos dem Executen und dem Executionsführer, sondern jedem der Pfandgläubiger gewährt, um von dem Ersteher die Erfüllung aller Feilbietungsbedingnisse zu erzwingen, und daß eine andere selbstständige Execution gegen den Letzteren auf die erstandene Liegenschaft dem unbefriedigten Gläubiger eben nach §. 6 der Just.-Minist.-Verordn. vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, erst nach der Erlassung und Intabulation der Einantwortung des erkauften Gutes zustehen kann.

Nr. 3347.

Einverleibung der Cession ohne Nachweis des Umstandes, von dem die Fortdauer des abgetretenen Rechtes abhängt.

Entsch. v. 16. März 1869, Nr. 2928 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Schlan v. 12. August 1868, Nr. 10730 und des O. L. G. Prag v. 1. Oct. 1868, Nr. 30269). G. H. 1869, S. 231. G. Z. 1872, Nr. 2.

Nr. 3348.

Nachträgliche Richtigstellung der Feilbietungsbedingnisse durch den Richter ohne Anhörung der Betheiligten. Behandlung eines Ausgedingers bei der Kaufschillingsvertheilung.

Entsch. v. 17. März 1869, Nr. 2824 (Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 26. Jänner 1869, Nr. 257 und 1145). G. Z. 1870, Nr. 13. G. H. 1869, S. 246.

Es war der dritte Termin für die executive Feilbietung einer Realität angeordnet und in den Bedingungen dazu (§. 3) festgesetzt worden, daß der Ersteher die Tabularposten nach Maßgabe des erfließenden Liquidationsbescheides zur Vertretung zu übernehmen habe. Die Unbestimmtheit dieses Ausdruckes veranlaßte den Richter, noch vor der Feilbietung neue Bestimmungen hinzuzufügen, welche im Wesentlichen im §. 9 dahin gingen, daß, nachdem auf der Realität auch ein Ausgeding haftete, der Ersteher, wenn selbes durch den Meistbot gedeckt würde, verpflichtet sei, den Ausgedinger in dem ungeschmälerten Genusse der diesfälligen Rechte bis zu seinem Tode zu belassen und bis dahin einen dem zu erhebenden Schätzungswerthe gleichkommenden Betrag des Meistbotes unverzinslich zurückzuhalten. Dann wurden noch Bestimmungen für den Fall getroffen, wenn der Kaufpreis den Capitalswerth des Ausgedings nicht erreichen würde. Bei der Feilbietung meldeten sich acht

Kauflustige, von denen nur vier Angebote machten, und einem von ihnen wurde die Realität zugeschlagen. Ein Pfandgläubiger und der Execut bestritten nun die Giltigkeit der Feilbietung, weil die Realität unter anderen Bedingungen als den kundgemachten und rechtskräftig gewordenen verkauft wurde, und diese anderen neuen Bedingungen Käufer abgeschreckt hätten. — Das O. L. G. hob die Feilbietung als ungesetzlich auf und verordnete die Vornahme einer neuen, nach den ursprünglichen Bedingungen aus folgenden Gründen: Wie es in der Natur eines jeden Verkaufes liegt, sind zur Festsetzung der Bedingungen zunächst der Verkäufer (Exequent), der Execut und die Tabulargläubiger als Interessenten berechtigt, sie können die Aenderung und Ergänzung derselben verlangen, worüber das die Feilbietung bewilligende Gericht zu entscheiden hat. Diese dem Richter obliegende Prüfung hat derselbe jedoch bei der Bewilligung der executiven Feilbietung mit Zuziehung wenigstens der zunächst Betheiligten vorzunehmen. Sind aber die Feilbietungsbedingnisse, welche einen Theil der Feilbietungsbewilligung bilden, bereits in Rechtskraft erwachsen und ist ausgesprochen, daß der Verkauf unter diesen Bedingungen stattfinde, so dienen nur diese bei deren gerichtlicher Einsicht den Kauflustigen zur Richtschnur ihres Verhaltens, ob sie nach denselben mitbieten wollen oder nicht. Es kann daher die Feilbietung nach keinen anderen Bedingnissen stattfinden als denen, die in Rechtskraft erwachsen sind. Diesem in den bürgerlichen Gesetzen über Verträge und den Kauf insbesondere, sowie im §. 328 a. G. O. gegründeten Vorgange zuwider hat das Gericht die bereits rechtskräftigen Licitationsbedingnisse durch seine Ergänzungen abgeändert, ohne die Interessenten zu fragen und ohne sie auch nur hievon zu verständigen, und hat, ohne die Rechtskraft seines diesfälligen Bescheides abzuwarten, gleich am folgenden Tage die Realität unter diesen ergänzten Bedingungen verkauft.

Der oberste Gerichtshof hielt die Feilbietung aufrecht. Gründe: Abgesehen davon, daß die Anfechter der Licitation von der Vornahme derselben in Kenntniß gesetzt waren, daher zur allfälligen Wahrung ihrer Rechte dabei erscheinen konnten, so enthalten die den Licitationsbedingnissen vom Gerichte beigefügten drei Absätze keine dem früheren Inhalte widerstreitenden oder solche Bestimmungen, welche die Ungiltigkeit des Actes der Feilbietung selbst zu begründen vermöchten, sondern erläutern nur die im §. 3 der Bedingnisse ganz allgemein getroffene Verfügung bezüglich der Tabularposten. Daselbst heißt es nämlich, daß der Ersteher diese Posten „nach Maßgabe des erfließenden Liquidationsbescheides zur Vertretung zu übernehmen hat". Daraus ergibt sich, daß durch das Meistgebot das Ausgedinge soweit zur Befriedigung kommen soll, als dasselbe reicht. Das Ausgedinge muß daher zu einem Capitale angeschlagen, und wenn dasselbe noch in das Meistgebot fällt, auf der Realität belassen, vom Ersteher in Natur geleistet und nur das als Werth desselben ermittelte Capital bis zu dessen Erlöschen

zurückbehalten werden, und blos dieses wird im §. 9, Abs. 1 ausgesprochen. Was dann, wenn der ermittelte Capitalswerth durch das Meistgebot nicht ganz gedeckt wird, zwischen dem Ersteher und dem Ausgedinger zu geschehen habe, betrifft weder den Executen noch die Satzgläubiger, deren Rechte überhaupt durch die beigefügten drei Paragraphen nicht berührt werden, weil dadurch nur im Vorhinein die Modalität der künftigen Kaufschillingsvertheilung angedeutet, aber keine Verfügung getroffen wird, welche auf den mehr oder minder günstigen Erfolg der Feilbietung selbst Einfluß haben könnte, nachdem es für die Kauflustigen gleichgiltig ist, auf welche Art der Kaufschilling vertheilt werden soll, wie denn auch wirklich vier Kauflustige Anbote machten.

Nr. 3349.

Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters zur Einbringung der schriftlichen Klage im mündlichen Verfahren.

Entsch. v. 23. März 1869, Nr. 2811 (Best. des das Decr. des Ausschusses d. n. ö. Advocatenkammer v. 1. Februar 1869, Nr. 477, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. Februar 1869, Nr. 3108). G. H. 1869, S. 280.

Das Gesuch der A um Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters für den gegen ihren Ehemann (der sie aus seinem Hause gewiesen) bei dem B. G. Hernals anhängig zu machenden Proceß pcto. Herausgabe ihrer Mobilien und Leistung der Alimente, wurde vom Kammerausschuß mit Berufung auf das zweite alinea des §. 16 der Advocatenordnung vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 abgewiesen, da die Gesuchstellerin persönlich ihre Ansprüche bei dem B. G. anbringen und durchführen könne. Auf den Recurs der A, worin sie anführte, vom B. G. Hernals bedeutet worden zu sein, daß ihre Rechtsansprüche nicht auf dem summarischen Weg, sondern durch einen Rechtsfreund angebracht werden müssen, bewilligte ihr das O. L. G. die Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters, weil in den zum mündlichen Verfahren geeigneten Fällen (§§. 15 und 16 a. G. O.) nach §. 17 a. G. O. es von der Willkür des Klägers abhängt, die Klage mündlich oder schriftlich anzubringen, die schriftliche Klage nach den geltenden Vorschriften von einem Advocaten gefertigt sein muß, mithin wenn die Partei die schriftliche Klage wählt, sofort der Fall eintritt, wo dieselbe von einem Advocaten vertreten sein muß, so daß ihr — beim Vorhandensein der im Hofdecr. vom 26. Juli 1840, J. G. S. Nr. 457 bezeichneten Bedingungen des Armenrechts — nach §. 16 der Advocaten-Ordnung vom 6. Juli 1868 ein unentgeltlicher Vertreter zu bewilligen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung und erklärte in den Motiven, daß durch die citirte Advoc.-Ordn. in dem bisherigen Gerichtsverfahren bezüglich der Art der Verhandlung und der Vertretung dabei nichts geändert, also auch nicht das im §. 17 a. G. O. dem Kläger beim mündlichen Verfahren eingeräumte Recht der Wahl zwischen mündlicher und schriftlicher Klage, noch die Vorschrift, wonach die schriftliche Klage der Fertigung eines Advocaten bedarf, abgeschafft worden ist.

Nr. 3350.

Unzulässigkeit der Executionsführung des Cedenten einer Satzpost nach erfolgter Vormerkung der Cession.

Entsch. v. 23. März 1869, Nr. 2963 (Best. des Decr. des K. G. St. Pölten v. 14. Jänner 1869, Nr. 88, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 10. Februar 1869, Nr. 2486). G. H. 1869, S. 227. G. Z. 1870, Nr. 10 und 1872, Nr. 13.

Nachdem A für seine Forderung von 500 fl. im Executionswege das Pfandrecht an der Liegenschaft des Schuldners B erwirkt hatte, cedirte er die Forderung dem C, für welchen das Eigenthum der Forderung bei der besagten Realität des B pränotirt wurde. Nun wollte A die Execution gegen B fortsetzen und begehrte die executive Schätzung der Pfandsache, welche vom Gericht erster Instanz mit Hinweisung auf die inzwischen zu Gunsten des C erfolgte Pränotation verweigert, vom O. L. G. hingegen bewilligt wurde, weil durch die Pränotation nur der terminus a quo für ein erst zu justificirendes eventuelles Recht gesichert worden sei und daher es nicht angehe, auf Grund dieser Pränotation das Gesuch um Fortsetzung der intabulirten Execution abzuweisen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung mit Hinweisung auf den in den Motiven derselben angeführten Stand des Grundbuches und auf die durch die Eigenthumspränotation nach §. 438 a. b. G. B. begründete Wirkung, welche A durch die executive Eintreibung der von ihm in das Eigenthum des C übertragenen Forderung zu vereiteln nicht berechtigt ist, weshalb er die Execution ohne Einverständniß mit dem Uebernehmer der Forderung nicht mehr fortsetzen kann.

Nr. 3351.

Fundus instructus: Vorgang bei nachträglicher Ausscheidung desselben aus der Mobilienpfändung.

Entsch. v. 23. März 1869, Nr. 2965 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Kirchdorf v. 12. Jänner 1869, Nr. 143 und des O. L. G. Wien v. 10. Februar 1869, Nr. 2661). G. Z. 1869, Nr. 97.

Gegen einen Fabriksbesitzer war von dem Gerichte erster Instanz die executive Mobiliarfeilbietung bewilligt worden. Dagegen ergriff der Execut den Recurs, weil unter den der Feilbietung zu unterziehenden Gegenständen sich solche befänden, welche zum fundus instructus der Fabrik gehören. — Das O. L. G. wies den Recurs zurück, weil die executive Pfändung und Schätzung der Mobilien vorlängst in Rechtskraft erwachsen sind und der Recurrent nicht einmal die Gegenstände, welche zum fundus instructus gehören sollen, einzeln bezeichnete.

Der oberste Gerichtshof hat mit Aufhebung der untergerichtlichen Entscheidungen verordnet, vorerst mit Zuziehung von Sachverständigen und der beiden Streittheile, die Erhebung zu pflegen, ob sich unter den in den Pfändungsprotokollen aufgeführten Fahrnissen überhaupt und welche Gegenstände befinden, die als zum Wirthschafts- und Fabriksbetriebe des Executen erforderlicher Beilaß anzusehen sind, und sohin nach Maßgabe dieser Erhebung und nach Ausscheidung der etwa als zum fundus instructus gehörig erkannten Gegenstände, über das Mobiliarfeilbietungsbegehren eine neue Entscheidung zu treffen. Diese Verfügung beruht auf der Anordnung des Hofdecr. vom 7. April 1826, J. G. S. Nr. 2178, auf dem Umstande, daß in den erwähnten Pfändungs- und Schätzungsprotokollen viele Gegenstände, als: Kühe, Ochsen, Pferde, Wirthschaftswägen, Feuerspritzen, Holzvorräthe, Fässer und Bottiche, Betten für Fabriksarbeiter, Heu- und Strohvorräthe u. dgl. vorkommen, rücksichtlich welcher die Möglichkeit, daß solche als nothwendiger Beilaß des Wirthschafts- und Fabriksbetriebes des Recurrenten im gesetzlichen Sinne anzusehen sein könnten, nahe liegt, worüber aber dem Gerichte ohne die Grundlage eines Sachverständigenbefundes die Entscheidung nicht möglich ist, endlich auf der Betrachtung, daß der Umstand, daß von Seite des Executen bei der Pfändungs- und Schätzungsvornahme diesfalls keine Einsprache erhoben worden ist, nicht als maßgebend betrachtet werden kann, nicht nur, weil es eben der Act der executiven Feilbietung ist, welcher den Executen mit mehreren Nachtheilen als die Pfändungs- und Schätzungsvornahme bedroht, sondern weil auch gegen eine ungesetzliche Einbeziehung von Beilaßstücken in die Mobiliarexecution das Interesse der hiedurch benachtheiligten Hypothekargläubiger vom Gericht gewahrt werden müßte.

Nr. 3352.

Executivproceß: Urkundlicher Nachweis der Voraussetzungen des urkundlich bedungenen Terminsverlustes.

Entsch. v. 23. März 1869, Nr. 2967 (Best des das Decr. des H. G. Wien v. 2. Jänner 1869, Nr. 120555, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 3. Februar 1869, Nr. 1999). G. Z. 1869, Nr. 38.

A belangte den B wegen Zahlung von 900 fl. auf Grund einer Erklärung desselben, worin er eine Schuld von 1100 fl. ratenweise bei Terminsverlust zu zahlen sich verpflichtet hatte, weil B die Termine nicht zugehalten habe, und bat um Einleitung des Verfahrens nach §. 298 a. G. O. — Das Gericht leitete aber das Verfahren nach §. 16 a. G. O. ein, weil aus der beigebrachten Erklärung die Fälligkeit der eingeklagten Forderung, — da die Verfallszeit aller Raten per 900 fl. noch nicht eingetreten war — nicht hervorgehe. — Das O. L. G. verordnete die Einleitung des von A begehrten Verfahrens, weil die Erklärung eine vollen Glauben verdienende Urkunde darstellt, ausdrücklich die Bedingung des Terminverlustes enthält und der Angabe des Klägers, daß der Geklagte die festgesetzten Termine nicht eingehalten habe, rücksichtlich des einzuleitenden Verfahrens Glauben zu schenken ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung in der Erwägung, daß die Behauptung des B, daß der Terminverlust nicht eingetreten sei, daß er also die in der Erklärung übernommene Verpflichtung pünktlich erfüllt habe, sich als eine Einwendung darstellt, deren Beweis ihm, als Geklagten obliegt.

Nr. 3353.

Unzulässigkeit der Einführung des Sequesters nach eingetretener Hemmung der executiven Sequestration auf Grund einer Oppositionsklage.

Entsch. v. 23. März 1869, Nr. 2985 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 5. Jänner 1869, Nr. 179 und des O. L. G. Wien vom 30. Jänner 1869, Nr. 1430). G. H. 1869, S. 308.

Das Gesuch des in Folge der executiven Sequestration eines Hauses bestellten Sequesters um Einführung in die sequestrirte Sache und Anweisung der Miethparteien zur Zahlung der Miethzinse an den Sequester wurde in erster Instanz verworfen mit Hinweisung auf die der Bewilligung der Sequestration nachgefolgte Verordnung, womit gemäß Hofdcr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145 alle weiteren Executionsschritte bis zur Entscheidung über die vom Executen in-

zwischen angestellte Oppositionsklage suspendirt worden sind. — Das O. L. G. verwarf den dagegen ergriffenen Recurs des Sequesters, welchem gegen die verweigerte Einführung das Recursrecht nicht zustehe, indem er sich lediglich an die Weisungen des Gerichtes zu halten habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung in Erwägung, daß die begehrte Einführung des Sequesters u. s. w. sich als eine Art der Durchführung der bewilligten Sequestration, folglich mit der inzwischen verfügten Einstellung der weiteren Executionsacte als unvereinbarlich darstellt; und daß die Einstellung der Execution lediglich eine zwischen den Parteien, nämlich dem Executionsführer und dem Executen auszutragende und vom Gerichte zu entscheidende Angelegenheit betrifft, in welcher der bestellte Sequester zu einer Einsprache und Beschwerde gegen die vom Gerichte getroffene Entscheidung nicht berufen ist.

Nr. 3354.

Zulässigkeit nachträglicher Liquidirung von Executionskosten.

Entsch. v. 23. März 1869, Nr. 3273 (Best. des das Decr. des K. G. Korneuburg v. 19. Jänner 1869, Nr. 128, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 10. Februar 1869, Nr. 2655). G. Z. 1870, Nr. 11.

In der Erwägung, daß die Anordnungen der §§. 403 und 424 der a. G. O., dann der Resolution vom 14. Juni 1784, J. G. S. Nr. 306 lit. e, den Verlust der Gerichtskosten mit der unterlassenen Verzeichnung derselben nur in jenen Fällen in Verbindung bringen, in denen ein Spruch, ein Erkenntniß, ein Urtheil zu erfolgen hat, hat der oberste Gerichtshof das Gesuch des siegreichen Klägers um Liquidirung der von ihm im Proceß nicht verzeichneten Proceßkosten abgewiesen, dagegen seinem Begehren um Liquidation seiner aufgelaufenen Executionskosten entsprochen.

Nr. 3355.

Richterliche Bewilligung der Mobilienexecution zur Einbringung von Steuern, ohne Nachweis der vergeblich versuchten politischen Execution.

Entsch. v. 24. März 1869, Nr. 2962 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Weyer v. 23. Jänner 1869, Nr. 197 und des O. L. G. Wien v. 10. Februar 1869, Nr. 2846). G. Z. 1869, Nr. 88.

Die Finanzprocuratur wurde mit dem Gesuche um Mobilarexecution wegen rückständiger Steuern und Landesumlagen von beiden

Untergerichten abgewiesen, weil aus dem Acte nicht hervorging, daß die politische Execution schon versucht worden war.

Der oberste Gerichtshof bewilligte die Mobilarexecution, in Erwägung, daß nach den Hofdcrn. vom 19. Jänner 1784, Nr. 228, vom 23. September 1796, Nr. 312, vom 3. Februar 1821, Nr. 1737, und vom 10. Februar 1832, Nr. 2548 der J. G. S., über Rückstände von öffentlichen Abgaben weder Erkenntnisse gefällt, noch zum Behufe ihrer gerichtlichen Eintreibung gefordert werden können, sondern die Gerichte sich mit der Anmeldung, dem Ausweise und dem einschlägigen Begehren der competenten Finanz- oder Verwaltungsbehörde begnügen müssen; in Erwägung, daß, wenn auch hiebei den Finanzbehörden vorgeschrieben erscheint, zuerst den Weg der politischen Execution zu versuchen, doch hiemit nicht den Gerichten das Befugniß eingeräumt ist, die Angemessenheit der von der Finanzbehörde getroffenen Wahl der Executionsführung ihrer Beurtheilung zu unterziehen und besondere Nachweisungen zur Rechtfertigung dieser Wahl zu verlangen, oder der Finanzbehörde den einzuschlagenden Weg anzuweisen; in Erwägung, daß den obigen Anordnungen offenbar nicht die Absicht zu Grunde liegt, dem Executionsrechte des Aerars vom Standpunkte der Gerichte engere Grenzen zu ziehen, als jenem eines Privaten, daß demnach die angezogenen abschlägigen Erledigungen wider das Gesetz verstoßen.

Nr. 3356.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte von jenem der Finanzbehörden: Competenz zur Entscheidung über Zähltaxen für Depositen.

Entsch. v. 31. März 1869, Nr. 3223 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Linz v. 31. Dec. 1868, Nr. 12845 und des O. L. G. Wien vom 10. Februar 1869, Nr. 2739). G. Z. 1869, Nr. 83. G. H. 1869, S. 237.

Mit Bescheid des Pupillargerichtes wurde die Erfolglassung eines Pupillarvermögens an den Vormund zum Ankauf von Salinenscheinen gegen Deponirung derselben bewilligt und gleichzeitig dem Steueramte als Depositenamt der Auftrag ertheilt, den betreffenden Betrag „gegen Abnahme des mit Bedacht auf den Erlag von Salinenscheinen zu bemessenden Zählgeldes“ zu erfolgen. Der Vormund, welcher die zählgeldfreie Erfolglassung in Anspruch nahm, brachte gegen diesen Bescheid einen Recurs an, dessen Vorlage an die zweite Instanz das Pupillargericht verweigerte, weil nach §. 16 des kais. Patentes vom 26. Jänner 1853, R. G. Bl. Nr. 18, die Finanzlandesbehörden zur Entscheidung von Beschwerden gegen gesetzwidrige, zu hohe Bemessung von Verwahrungsgebühren competent sind. — Das O. L. G., welches auf eine un-

mittelbar eingebrachte Beschwerde des Vormundes die Actenvorlage anordnete, fand auf die Beschwerde nichts zu verfügen, da die angefochtene Zurückweisung des obigen Recurses durch den §. 16 des kais. Patentes vom 26. Jänner 1853, R. G. Bl. Nr. 18, gerechtfertigt sei.

In Erwägung, daß nach den Bestimmungen des kaiserl. Patentes vom 26. Jänner 1853, Nr. 18 und namentlich nach den §§. 5 und 16 desselben die Entscheidung über die Frage, ob und welche Verwahrungsgebühr zu entrichten ist, nicht den Gerichtsbehörden, sondern den Steuer- und Depositenämtern und im höheren Instanzenzuge den vorgesetzten Finanzbehörden zusteht; daß das eine Erfolglassung bewilligende Gericht dem Depositenamte nur jene Daten mitzutheilen hat, welche auf obige Entscheidung Einfluß nehmen können; daß demnach incompetenter Weise in dem pupillargerichtlichen Bescheid die Ertheilung des erwähnten bestimmten Auftrages an das Steuer- und Depositenamt in Betreff der Verwahrungsgebühr aufgenommen wurde, wodurch der Amtshandlung des Steuer- und Depositenamtes vorgegriffen und die Stellung der Partei in Betreff des Instanzenzuges verrückt worden ist; daß wohl in dieser, aber nur in dieser Richtung die Beschwerde des Vormundes begründet war, hat der oberste Gerichtshof dem a. o. Recurse desselben dahin stattzugeben befunden, daß aus dem erstgerichtlichen Bescheide der Beisatz: „und gegen Abnahme des mit Bedacht auf den Erlag von Salinenscheinen zu bemessenden Zählgeldes“ zu entfallen habe.

Nr. 3357.

Einrede gegen die Aufforderung wegen eines vorzunehmenden Baues? Besitz des zu verbauenden Grundstückes.

Entsch. v. 31. März 1869, Nr. 3338 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Brünn v. 18. Dec. 1868, Nr. 9911 und des O. L. G. Brünn vom 3. Februar 1869, Nr. 836). G. H. 1869, S. 398.

Die Einrede, worin der Aufgeforderte B die Zulässigkeit der von A wegen eines vorzunehmenden Baues gegen ihn angestellten Aufforderungsklage deshalb bestritt, weil er selbst (B) das Grundstück besitzt, auf welchem A bauen will, wurde von allen Instanzen aufrecht verbeschieden, von dem obersten Gerichtshof mit folgender Begründung: Wenn auch gegen die im Sinne des §. 72 a. G. O. wegen beabsichtigten Baues von dem Bauunternehmer angestellte Aufforderungsklage die Erstattung einer Einrede (an Stelle der unmittelbaren Ueberreichung der provocirten Klage) zum Zweck der Erörterung der Thatsache der Berühmung unzulässig ist, weil diese Thatsache bereits durch die Verhandlung bei der Verwaltungsbehörde nachgewie-

sen wurde und keinem Zweifel mehr unterliegen kann, weshalb denn auch bei Aufforderungsklagen dieser Art auf deren Verbescheidung der §. 68 a. G. O. keine Anwendung findet und nur §. 72 maßgebend bleibt, so kann doch in jenen Fällen, wo der Aufgeforderte vermeint, dagegen geltend machen zu können, daß das Grundstück, worauf der Bau ganz oder zum Theil errichtet werden soll, in seinem Besitz sich befindet, die Bestreitung der Zuläſſigkeit der Aufforderungsklage im Sinne des §. 323 a. b. G. B. mittelst Einrede, ihm nicht verwehrt werden.

Nr. 3358.

Executive Einantwortung einer mit Verbot belegten Forderung.

Entsch. v. 1. April 1869, Nr. 3315 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 26. Nov. 1868, Nr. 63148 und des O. L. G. Prag v. 23. Dec. 1868, Nr. 40160). G. H. 1869, Nr. 287.

Die Ausfolgung der vom H. G. in Prag im Executionswege dem A eingeantworteten Geldsumme von 270 fl., welche bei dem K. G. Böhmisch-Leipa für den Executen deponirt war, wurde von dem letzteren Gericht aus dem Grunde verweigert, weil noch vor der Einantwortung B das gerichtliche Verbot darauf erwirkt hatte. Gegen das Decret des H. G. Prag, womit dem A diese Weigerung ohne Weiteres mitgetheilt wurde, recurrirte derselbe und wurde vom O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen: Mit der executiven Einantwortung der 270 fl. hat A keineswegs ein Pfandrecht, also dingliches Recht nach den §§. 447 und 450 a. b. G. B. erworben, worauf sich die Bestimmung in lit. h des Hofdecretes vom 4. Juni 1789, J. G. S. Nr. 1015, des Hofdecretes vom 7. September 1790, J. G. S. Nr. 56 und der lit. c des Hofdcr. vom 5. April 1791, J. G. S. Nr. 134 beziehen, worin die Natur des Verbots als ein bloßer Realarrest festgestellt wird, welcher begrifflich dem dinglichen Recht nachstehen muß. Vermöge der rechtlichen Natur der executiven Einantwortung als zwangsweise Cession (§. 314 a. G. O. und §§. 1392 und 1414 a. b. G. B.) hat A die Uebertragung des seinem Schuldner auf das Depositum zustehenden Forderungsrechts erlangt und ist somit an des letzteren Stelle getreten. Da nun die zwangsweise Uebertragung eines Forderungsrechts keine stärkere Rechtswirkung erzeugt als die freiwillige, gegen den Schuldner des A aber noch vor der Einantwortung ein gerichtliches Verbot auf das Depositum erwirkt wurde, so hat dasselbe auch gegen A, der in das Recht seines Schuldners getreten ist, die gleiche Wirkung (§. 283 a. G. O. und §. 1394 a, b. G. B.)

In Erwägung, daß im Hofdcr. vom 5. April 1791, J. G. S. Nr. 134 lit. c erklärt wird, daß durch ein Verbot auf bewegliche, in Händen eines Dritten befindliche Güter das Recht des Executionswerbers, wenn auch das Executionsgesuch erst später eingereicht worden wäre, nicht beirrt werden kann und daß dies auch für die executive Einantwortung gilt, welche eine wirkliche Executionsart ist; daß deshalb die Verweigerung der Ausfolgung des Depositums an A gegen das befagte Hofdcr. verstoßt, — hat der oberste Gerichtshof auf den a. o. Recurs des A dem K. G. Böhmisch-Leipa aufgetragen, der an dasselbe ergangenen Requisition des Prager H. G. um Ausfolgung des Depositums an A, falls kein anderes Hinderniß als das Verbot im Wege steht, zu entsprechen.

Nr. 3359.

Sprache, in welcher die dem Eidesantretungsgesuche beizulegende Eidesformel abzufassen ist.

Entsch. v. 1. April 1869, Nr. 3392 (Aufheb. der gleichförmigen Verordnungen des B. G. Neutitschein v. 15. Dec. 1868, Nr. 6183 und des O. L. G. Prag v. 4. Februar 1869, Nr. 1529). G. H. 1869, S. 289.

Die in deutscher Sprache verfaßte Eidesantretung des Vertreters des A wurde vom Gerichte erster Instanz angenommen, unter Einem aber die in derselben Sprache verfaßte Eidesformel, ohne Anberaumung der Eidestagfahrt, zurückgestellt, weil der Czeche A des Deutschen nicht mächtig sei. — Das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid: die Eidesformel sei nicht eine Eingabe, sondern eine Urkunde, welche eine den Streit entscheidende Erklärung enthält; die Uebersetzung der Urkunden sei aber Sache der Partei und das Gericht umsoweniger dazu verpflichtet, als es dadurch die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit der Uebersetzung auf sich nehmen würde. Da das Protokoll in czechischer Sprache aufzunehmen und dem A die Eidesformel in dieser Sprache vorzulegen ist, so sei die Partei verpflichtet, in derselben Sprache die Formel vorzulegen. Daß A nur des Czechischen mächtig sei, ergebe sich aus Strafverhandlungsacten und aus einem früheren Eidestagsatzungsprotokolle.

Der oberste Gerichtshof hingegen trug dem Gerichte erster Instanz auf, sofort die Tagfahrt zur Eidesleistung anzuordnen. Denn — so lauten die Gründe — der Rechtsstreit wurde durchaus in deutscher Sprache geführt und in dieser Sprache auch das Urtheil hinausgegeben; A hat das in deutscher Sprache redigirte Verhandlungsprotokoll auch deutsch gefertigt und es ist nicht gezeigt worden, daß er diese Sprache nicht versteht. Die Nothwendigkeit der Uebersetzung der Eidesformel in das Czechische würde sich erst dann herausstellen, wenn bei der Eidestagfahrt sich zeigt, daß A des Deutschen wirklich nicht mächtig ist.

Nr. 3360.

Verbot: Bescheinigung der Forderung. Berücksichtigung eines vor der westgalizischen Gerichtsordnung erlassenen Gesetzes bei Anwendung dieser Gerichtsordnung.

Entsch. v. 1. April 1869, Nr. 3404 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Salzburg v. 14. Februar 1867, Nr. 1227 und des O. L. G. Wien v. 24. Februar 1869, Nr. 3843). G. Z. 1869, Nr. 61.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen, das Verbotsgesuch des A gegen B abweisenden Entscheidungen, weil in der Annahme der Untergerichte, daß die völlig unbescheinigte Behauptung des A, eine Forderung von 750 fl. gegen den B zu haben — auch unter Anbietung einer Caution für Schimpf und Schaden — nicht genügte, um das begehrte Verbot zu erwirken, mit Rücksicht auf die in ihrem Zusammenhange aufzufassenden Bestimmungen der §§. 374, 376 u. 377 der westg. G. O. und auf lit. a des Hofdcr. vom 15. Jänner 1789, J. G. S. Nr. 954, welches, wenn auch vor dieser Gerichtsordnung erlassen, doch zur Beurtheilung des Geistes des in Rede stehenden Rechtsinstitutes dient, eine Gesetzwidrigkeit nicht gefunden werden konnte.

Nr. 3361.

Erforderniß der Unterschrift der Finanzprocuratur auf zur Verbücherung bestimmten Erklärungen von Staatsbehörden?

Entsch. v. 1. April 1869, Nr. 3443 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Feldkirchen v. 29. Nov. 1868, Nr. 5921 und des O. L. G. Graz v. 20. Jänner 1869, Nr. 864). G. H. 1869, S. 219.

Nr. 3362.

Gerichtsstand in Bestandstreitsachen: Klage auf Ersatz für Deteriorationen der Bestandsache nach Auflösung des Bestandvertrages.

Entsch. v. 1. April 1869, Nr. 362 (Best. des Decr. des B. G. Urfahr v. 13. Jänner 1869, Nr. 218, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 10. Februar 1869, Nr. 2659). G. Z. 1869, Nr. 66.

Die von dem Verpächter eines Fabriksgebäudes gegen den Pächter pcto. Zahlung von 3345 fl. als Schadenersatz für Deteriorationen der Bestandsache und Gewinnsentgang nach aufgelöstem Pachtvertrag

bei dem forum rei sitae mit Berufung auf §. 1 der kais. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 angebrachte Klage wurde von dem angerufenen Gerichte aufrecht zur summarischen Verhandlung nach §. 12 der citirten Verordnung verbeschieden. — Von dem O. L. G. hingegen ward die Zurückstellung der Klage verordnet, weil dieselbe, nachdem der Pachtvertrag bereits aufgelöst ist, nicht bei dem Gerichte der belegenen Sache, sondern bei der davon verschiedenen Personalinstanz des Belangten anzubringen war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in der Erwägung, daß mit der angestellten Klage der Bestandnehmer auf Leistungen belangt wird, deren Schuldigkeit aus den ihm vermöge des Bestandvertrages obliegenden Verbindlichkeiten hergeleitet erscheint, mithin die gesetzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der citirten Verordnung über Bestandstreitigkeiten allerdings eintritt.

Nr. 3363.

Rechtliche Folgen der Ablehnung einer angebotenen Entschädigungssumme.

Entsch. v. 2. April 1869, Nr. 2419 (theilweise Best. des Urth. des L. G. Krakau v. 20. Jänner 1868, Nr. 20766, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau v. 5. August 1868, Nr. 5723). G. H. 1869, S. 313.

A hat die von B unter der Bedingung, daß er von weiteren Ansprüchen abstehe, ihm angebotene Entschädigungssumme von 200 fl. nicht angenommen und den höheren Betrag von 1484 fl. eingeklagt. — Die erste Instanz verurtheilte den B zur Zahlung des ermäßigten Betrages von 500 fl. unter der Bedingung des Schätzungseides des Klägers, wogegen das O. L. G. dem Kläger 300 fl. gegen dessen Schätzungseid, 200 fl. aber unbedingt zuerkannte, weil daraus, daß der Kläger mit den ihm angebotenen 200 fl. sich nicht zufrieden stellte, noch nicht folge, daß er diesen Betrag abgelehnt habe, welchen er im Gegentheil unter allen Umständen begehre, indem er sogar einen höheren Betrag in Anspruch nehme.

Der oberste Gerichtshof hat dem Kläger gegen den Schätzungseid 500 fl. zugesprochen und bemerkt, daß derselbe, nachdem er das Anbot der 200 fl., welches ihm gegen Abstehen von weiteren Ansprüchen gemacht wurde, nicht angenommen hat, daraus kein Recht für sich ableiten kann.

Nr. 3364.

Unvollständige Anführung des Inhaltes eines bestätigten Urtheiles im obergerichtlichen Erkenntnisse: Nullität?

Entsch. v. 6. April 1869, Nr. 3565 (Abweisung der Nullitätsbeschwerde gegen das das Urth. des K. G. Krems v. 13. Oct. 1868, Nr. 1529 bestätigende Urth. des O. L. G. Wien v. 20. Jänner 1869, Nr. 24794). G. Z. 1869, Nr. 90.

In erster Instanz war der Kläger mit seinem auf Pränotirungsjustificirung, Entschädigung und Leistung einer verabredeten Herstellung gerichteten Klagebegehren dem ganzen Inhalte nach abgewiesen worden. — Von dem O. L. G. wurde dieses Urtheil bestätigt, in den Text des Decretes desselben jedoch der auf die fragliche Herstellung bezügliche Theil des Klagebegehrens nicht aufgenommen. Deshalb ergriff der Kläger die Nullitätsbeschwerde.

Der oberste Gerichtshof verwarf dieselbe aus folgenden Gründen: Der Kläger stützt seine Nullitätsbeschwerde lediglich darauf, daß in dem obergerichtlichen Urtheile nicht der ganze Inhalt des Klagebegehrens aufgeführt, nämlich jener Theil desselben, welcher sich auf den Auftrag, die in der Klage bezeichnete Herstellung binnen zwei Monaten auszuführen bezieht, übergangen worden ist. Nachdem jedoch das Klagebegehren seinem ganzen Inhalte nach bereits in dem Urtheile der ersten Instanz angeführt und in seinem ganzen Umfange als unstatthaft erkannt worden ist, und das O. L. G. auf die Appellation des Klägers das Urtheil der ersten Instanz einfach bestätigt hat, so war die nochmalige Aufführung des ganzen Tenor des Klagebegehrens im obergerichtlichen Urtheile weder nothwendig, noch überhaupt gesetzlich vorgeschrieben; um so weniger kann in der Unterlassung dieser Wiederholung ein die Nichtigkeit des obergerichtlichen Urtheiles begründendes Gebrechen, welches im Sinne des §. 262 a. G. O. und lit. OOO der Resolution vom 31. October 1785, Nr. 489 J. G. S., die Cassirung dieses Urtheiles erforderte, erkannt werden.

Nr. 3365.

Unzulässigkeit executiver Einantwortung des Pflichttheiles vor Einantwortung des Nachlasses.

Entsch. v. 7. April 1869, Nr. 3662 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Marburg v. 18. Sept. 1868, Nr. 11382 und des O. L. G. Graz vom 2. Dec. 1868, Nr. 14825). G. H. 1870, S. 3.

Der Recurs des A gegen die gleichförmigen Entscheidungen der Untergerichte wegen Abweisung des im Zuge der M'schen Verlassen-

schaftsabhandlung von ihm angebrachten Gesuches um executive Einantwortung des dem Notherben B angefallenen Pflichttheils bis zur Höhe seiner urtheilsmäßigen Forderung gegen B per 84 fl., wurde von dem obersten Gerichtshofe in der Erwägung verworfen, daß bei der noch nicht erfolgten Einantwortung der Verlassenschaft dem A nach §. 822 a. b. G. B. wohl eine Sicherstellung mit dem in jenem Paragraphe bezeichneten Vorbehalt, keineswegs aber die begehrte executive unbeschränkte Einantwortung des seinem Schuldner B angefallenen, zur Zeit noch nicht ziffermäßig ermittelten Pflichttheiles bewilligt werden konnte.

Nr. 3366.

Vertheilung des Meistgebotes einer Liegenschaft: Executionskosten; Erwerbs- und Einkommensteuerrückstände.

Entsch. v. 7. April 1869, Nr. 3721 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Karolinenthal v. 10. Juli 1868, Nr. 12507 und des O. L. G. Prag v. 10. Nov. 1868, Nr. 34298). G. H. 1869, S. 231. G. Z. 1872, Nr. 11.

In der Vertheilung des Meistgebotes für eine zwangsweise versteigerte Liegenschaft hat der oberste Gerichtshof die von beiden Untergerichten auf den Platz der Forderung des Executionsführers gesetzten Kosten der executiven Schätzung und Feilbietung — im Einklang mit früheren Entscheidungen — als Vorzugspost behandelt, dagegen die von der ersten Instanz als Vorzugspost erklärten Erwerb- und Einkommensteuer-Rückstände in Uebereinstimmung mit dem O. L. G. aus der Kategorie der privilegirten Forderungen ausgeschlossen, weil dieselben nur Personalsteuern sind, da sie von der persönlichen Thätigkeit abhängen, und somit nicht auf der Realität als solcher haften.

Nr. 3367.

Zwangscours: Verabredung auf Bezahlung des Kaufschillings in Silber oder in Banknoten mit Vergütung der Coursdifferenz.

Entsch. v. 8. April 1869, Nr. 1107 (Best. des das Urth. des B. G. Schwanenstadt v. 10. März 1868, Nr. 729, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 22. Oct. 1868, Nr. 12179). G. H. 1869, S. 212. G. Z. 1869, Nr. 57.

In dem 1859 errichteten Vertrag, womit A dem B eine Liegenschaft verkaufte, wurde festgesetzt, daß der Kaufschilling auf der Realität liegen bleibe, mit 4 % verzinst und nach vorgängiger Auf-

kündigung in Raten à 1000 fl. in klingender Münze oder in Banknoten mit Vergütung des Aufgeldes gezahlt werden soll. Als nun A diese Zahlungsart bei Einklagung der ersten aufgekündigten Rate geltend machte, wendete B ein, daß er nur Zahlung in Banknoten nach ihrem Nennwerth verpflichtet sei. — Das Gericht erster Instanz entschied im Sinne dieser Einwendung; das O. L. G. und der oberste Gerichtshof erkannten nach dem Klagebegehren.

Gründe der dritten Instanz: Die Frage, ob B in klingender Münze, beziehentlich in Banknoten mit Vergütung des Aufgeldes zu zahlen habe, muß bejaht werden, obgleich durch die kaiserl. Verordn. vom 7. Februar 1856, R. G. Bl. Nr. 21 die im Patent vom 2. Juni 1848, J. G. S. Nr. 1157 ausgesprochene Verbindlichkeit des Gläubigers zur Annahme der Banknoten nach dem Nennwerth bei allen Zahlungen ausdrücklich nur in so weit beschränkt wurde, daß die nach der Kundmachung der kaiserl. Verordn. in klingender Münze gegebenen Darlehen, deren Zurückzahlung in der gegebenen bestimmten Münzsorte der Gläubiger sich bedungen hat, in der bedungenen Weise zurückgezahlt werden müssen, und daß in diesen Fällen der Schuldner die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Annahme der Banknoten nach dem Nennwerth nicht geltend machen kann, wogegen es in Betreff aller anderen Zahlungen bei den Bestimmungen des Patentes vom 2. Juni 1848 geblieben ist. Denn es würde dem Geist des Gesetzes widerstreiten, wenn man daraus die Berechtigung des B ableiten wollte, der Zahlung des vollen für die Realität dem A versprochenen Kaufschillings sich zu entziehen. Aus den Anführungen des B selbst ergibt sich, daß der Verkäufer A durch eine Entwerthung der Banknoten nichts verlieren wollte und daß B nach der Erklärung des A den Kaufvertrag unterschrieb, welcher die einverständliche Festsetzung des Kaufschillings in einer von den Coursschwankungen unabhängigen Valuta enthielt. So wie A mit Rücksichtnahme auf den Minderwerth der Banknoten sich einen größeren Kaufschilling in Papier bedingen oder den in Silber bedungenen kleineren Kaufschilling sich sogleich auszahlen und hinterher wieder dem B gegen ratenweise Abzahlung in Silber oder nach dem Courswerth der Banknoten belassen konnte, ohne daß der Letztere hiebei einen gesetzlichen Anhaltspunkt gehabt hätte, sein Versprechen in Betreff der Zahlungsart unerfüllt zu lassen, — ebensowenig kann B aus der hier vorliegenden, ihm die Wahl zwischen der Silberzahlung und einer dem Agio entsprechenden Banknotenzahlung gestattenden Stipulation das Recht zu einem solchen Vertragsbruch ableiten, da ja doch nach dem getroffenen Uebereinkommen beider Theile die verkaufte Realität dem in Silber stipulirten Kaufschilling gleich gehalten wurde, so daß der Käufer B, wenn er die Zahlung in Silber leistet, nur abzahlt, was ihm durch das Aequivalent auch in Silber geleistet wurde, wenn er aber in Banknoten mit Vergütung des Aufgeldes zahlt, eben auch

nur den vollen in Banknoten bedungenen Kaufschilling abstattet, wobei auch nicht von einer Unbestimmtheit der Summe des Banknotenkaufschillings die Rede sein kann, für deren Höhe ja in dem Silbercours ein sicherer Maßstab gegeben ist. Das Begehren des A um Zahlung der eingeklagten Kaufschillingsrate entweder in klingender Münze oder in Banknoten mit Vergütung des Aufgeldes ist demnach im Gesetz gerechtfertigt.

Nr. 3368.

Einfluß des bei einer Partei hervorgetretenen Wahnsinnes auf den Proceßgang: Haupteid, einem Blödsinnigen deferirt.

Entsch. v. 8. April 1869, Nr. 1224 (Best. des das Urth. des B. G. Ried v. 4. April 1868, Nr. 2046, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 3. Juni 1868, Nr. 10482). G. Z. 1869, Nr. 89.

Gegen die wider den B im August 1867 angestellte Paternitätsklage, resp. gegen die Zulässigkeit des von den Klägern referibel aufgetragenen Haupteides über die Beiwohnung während der kritischen Zeit, wendete der Vertreter des Beklagten ein, daß derselbe durch einen zu Ostern 1867 erlittenen Schlaganfall blödsinnig geworden sei, nachdem der Vertreter vorher das Factum des Beischlafs abgeleugnet hatte. Es wurde ein Sachbefund aufgenommen, welcher dahin lautete, daß B an jener hochgradigen Geistesschwäche leide, welche als Blödsinn bezeichnet wird. — Das Gericht erster Instanz wies nun die Klage zurück; das O. L. G. erkannte auf den Haupteid.

Der oberste Gerichtshof sendete zuerst die Acten zurück zur Untersuchung des Geisteszustandes des B und nachdem auf Grund dieser Untersuchung B unter Curatel gesetzt, sodann die Acten in Folge des Beitrittes des für B bestellten Curators zu dem in erster und zweiter Instanz verhandelten Proceß wieder vorgelegt worden waren, bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz mit folgender Begründung der Zulässigkeit des Eides: Dem in zweiter Instanz sententionirten Haupteid steht nicht entgegen, daß der Zustand des B von den Aerzten als Blödsinn bezeichnet worden ist, weil der Blödsinn, welcher erst nach der dem Klageanspruch zu Grunde liegenden Handlung (Beischlaf) entstanden ist, als ein Zufall, der sich in der Person des B ereignet hat, der Gegenpartei nicht nachtheilig sein und weil der Curator des B den Eid zurückschieben kann. — Auch wurde B erst nach den Urtheilen der ersten und zweiten Instanz für blödsinnig erklärt.

Nr. 3369.

Anspruch der Mutter auf Ersatz der von ihr dem unehelichen Kinde gewährten Alimente?

Entsch. v. 8. April 1869, Nr. 1461 (Best. des Urth. des B. G. Mittersill vom 26. Sept. 1867, Nr. 1015, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 4. Dec. 1867, Nr. 20912). G. Z. 1869, Nr. 54.

Die A hatte im Jahre 1841 außer der Ehe ein Kind geboren und im Jahre 1843 sich mit C verehelicht. Im Jahre 1867 belangte sie nun den B, Vater des Kindes, auf den Ersatz der von ihr bis zur Mündigkeit des Kindes bestrittenen Kosten des Unterhaltes.

Von dem obersten Gerichtshof wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: Die Klägerin gibt selbst zu, daß bis zu ihrer im Jahre 1843 erfolgten Verehelichung der Geklagte nach Kräften zur Erhaltung des im Jahre 1841 geborenen Kindes beitrug, daß sie nach ihrer Verehelichung in der Lage war, das Kind zu verpflegen; sie hat also durch die Verpflegung nur die ihr selbst nach §. 167 a. b. G. B. obliegende Verbindlichkeit erfüllt, da sie gegen den Widerspruch des Beklagten nicht bewies, daß damals, und bis das Kind das vierzehnte Jahr zurückgelegt hatte, der Geklagte in der Lage war, die Verpflegskosten für selbes zu bestreiten.

Nr. 3370.

Einräumung eines Pfandrechtes an einer mit dem Substitutionsbande behafteten Liegenschaft.

Entsch. v. 13. April 1869, Nr. 3885 (Best. des das Decr. des L. G. Prag v. 22. Sept. 1868, Nr. 22892, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 7. Dec. 1868, Nr. 36879). G. Z. 1869, Nr. 60.

Auf der Hälfte eines dem B gehörigen Gutes war eine testamentarische Verfügung ausgezeichnet, vermöge welcher, im Falle er ohne Nachkommen mit Tod abgehen sollte, andere Personen zur Erbfolge berufen waren. Ein Gläubiger des B begehrte nun die Pränotation des Pfandrechts auf der mit der Substitution belasteten Gutshälfte unter Verwahrung der Substitution. — Sein in erster Instanz abgewiesenes Gesuch wurde in zweiter Instanz und vom obersten Gerichtshof mit Verwerfung des vom Substitutionscurator ergriffenen Recurses bewilligt. Gründe der dritten Instanz: Wenn B mit Hinterlassung von Nachkommen stirbt, so wird die Substitution erloschen, auch die zweite mit dieser Substitution belastete Hälfte des Gutes ein frei disponibler Bestandtheil seines Nachlasses sein. Hieraus ergibt sich, daß dem B an dieser Hälfte nicht blos lebzeitig nach

§. 613 a. b. G. B. die Rechte eines Fruchtnießers, sondern eventuell (für den Fall des Nichtinslebentretens der Substitution) das für seinen Nachlaß wirksam werdende Recht selbst an der Substanz der erwähnten Gutshälfte zusteht, welche dann frei disponibel wird, und über dieses eventuelle Recht auf die Substanz zu verfügen, also an der erwähnten Hälfte Pfandrechte einzuräumen, welche selbstverständlich nur erst mit diesem eventuellen Rechte, d. i. nur im Falle des Erlöschens der bedingt angeordneten Substitution, wirksam werden können, daher auch durch die Substitution, weil sie außerhalb derselben stehen, nicht ausgeschlossen sind, kann dem B nicht verwehrt werden.

Nr. 3371.

Verbot: Bescheinigung der Forderung durch ein Beiurtheil?

Entsch. v. 13. April 1869, Nr. 3962 (Best. des das Decr. des B. G. Wels v. 21. Jänner 1869, Nr. 197, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 24. Februar 1869, Nr. 3840). G. Z. 1869, Nr. 51. G. H. 1869, S. 269.

Die Forderung des A gegen B, zu deren Sicherstellung er eine Forderung des Letzteren mit Verbot belegen wollte, war nur mit dem Beiurtheil (auf Zeugen) bescheinigt, welches A in dem gegen B auf Zahlung seiner Forderung eingeleiteten Proceß erwirkt hatte. — Das in erster Instanz gegen Caution des A bewilligte Verbot wurde von dem obersten Gerichtshofe in Uebereinstimmung mit dem O. L. G. verweigert, weil nach dem §. 285 a. G. O. zur Erwirkung des Verbotes jedenfalls eine Bescheinigung über den Bestand der Forderung des Verbotswerbers beigebracht werden muß, als eine solche aber das producirte Beiurtheil nicht angesehen werden kann.

Nr. 3372.

Executive Einverleibung des Urtheiles auf Feilbietung einer gemeinschaftlichen Liegenschaft.

Entsch. v. 13. April 1869, Nr. 3963 (Best. des Decr. des B. G. Gmunden v. 29. Nov. 1868, Nr. 8410, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 3. Februar 1869, Nr. 1982). G. Z. 1869, Nr. 59.

Nr. 3373.

Paternitätsklage: Berechnung des im §. 163 a. b. G. B. statuirten Zeitraumes.

Entsch. v. 14. April 1869, Nr. 1734 (Best. des das Urth. des B. G. Gmunden v. 26. Sept. 1868, Nr. 6923, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 26. Nov. 1868, Nr. 22557). G. Z. 1869, Nr. 53.

Der oberste Gerichtshof entschied in dem Paternitätsstreit der Vormundschaft des unehelichen Kindes A gegen den B, daß die Monate, in welche nach dem §. 163 a. b. G. B. die kritische Zeit des Beischlafes fällt, nicht nach dem Kalender (wie das O. L. G. annahm), sondern nach §. 902 a. b. G. B. mit je 30 Tagen zu berechnen sind. Gründe, wie zur Entscheidung v. 18. April 1865, Nr. 3238 (Nr. 2157 der Sammlung).

Nr. 3374.

Rechtliche Natur einer „Heiratscaution“: Austritt des Gatten aus dem Militärstande.

Entsch. v. 14. April 1869, Nr. 1972 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 3. Nov. 1868, Nr. 59893, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 7. Jänner 1869, Nr. 24034). G. H. 1869, S. 384.

B hatte ein Capital von 6000 fl. für seine Tochter A und ihren dem Militärstand angehörenden Gatten in der Art als „Heiratscaution“ gewidmet, daß er sich zur Zahlung der 5%igen Interessen davon, als Unterhaltsbeitrag während der Ehe und als Witwengehalt der A nach dem Tod ihres Gatten, verpflichtete. Nachdem der Letztere aus dem Militärstand ausgetreten war, verweigerte B die Zinsenzahlung wegen Erlöschung der Caution in Folge dieses Austrittes, weil aus einer erloschenen Caution gegen ihn kein Anspruch mehr erhoben werden kann. Darauf forderte die A von ihm die Zahlung mittelst Klage, welche in erster Instanz abgewiesen wurde, weil B die Verpflichtung zur Interessenzahlung nach dem Wortlaut und dem deutlichen Sinn der Cautionsurkunde nur dem Fiscus gegenüber eingegangen sei, was schon aus der Bezeichnung des gewidmeten Capitals als Heirats*caution*, nicht als Heirats*gut*, hervorgehe; weil, da weder die Klägerin noch ihr Gatte die Urkunde mit unterfertigt haben, nur die Annahme des Fiscus — durch die von Seite desselben ertheilte Bewilligung — vorliege, wogegen von einer Annahme seitens des einen oder beider Ehegatten nicht die Rede sei; weil endlich nach der von der Klägerin zugestandenen Löschung des Cautionsbandes, ihr aus der besagten Urkunde überhaupt kein Recht zustehe.

In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz hat der oberste Gerichtshof dem Klagebegehren in der Erwägung stattgegeben, daß B

den Zinsengenuß in Absicht auf das Zustandekommen der Ehe der Klägerin sowohl zur bessern Subsistenz während der Ehe als nach deren Auflösung zum Witwengehalt der Klägerin gewidmet hat und damit einer ihm als Vater obliegenden Pflicht nachgekommen ist; daß eine besondere ausdrückliche Annahme von Seite der Tochter nicht erforderlich war, übrigens selbstverständlich in ihrem Benehmen und in dem vom Kriegsministerium bestätigten Umstand liegt, daß die ausgefolgte authentische Abschrift des Depositenscheines in ihren Händen ist; daß der Austritt ihres Gatten aus dem Militärkörper, durch welchen wohl die im öffentlichen Interesse angeordnete Vinculirung entfallen konnte, auf die Wirksamkeit der Widmung in privatrechtlicher Beziehung keinen Einfluß hat; daß endlich die Annahme, daß dieser Austritt als eine Resolutivbedingung der Widmung im Allgemeinen zu betrachten sei, weder ausdrücklich noch selbstverständlich in den Worten und in dem natürlichen Sinn der Widmung liegt.

Nr. 3375.

Schenkung auf den Todesfall oder pactum de contrahendo. — Anfechtung eines Vertrages wegen Irrthums: Beginn der Verjährungsfrist.

Entsch. v. 14. April 1869, Nr. 3482 (Best. des das Urth. des B. G. Radkersburg v. 30. Jänner 1868, Nr. 116, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 25. Juni 1868, Nr. 7176). G. Z. 1869, Nr. 72.

Von den Eheleuten A, denen die im Jahre 1865 verstorbene M in ihrem mündlich erklärten letzten Willen das Recht zugedacht hatte, „den halben Weingarten und den halben Wald in der Hohenwart" um den Schätzungspreis zu übernehmen, wurden die Eheleute B, Besitzer des ganzen Weingartens und Waldes, auf Anerkennung dieses Uebernahmsrechtes belangt und beriefen sich dagegen auf die im Jahre 1859 vor der letztwilligen Anordnung der M errichtete Urkunde, worin die Letztere ihnen das Recht, nach ihrem Tode die besagten Realitäten aus der Verlassenschaft um den Betrag von 420 fl. zu übernehmen, eingeräumt hat, weshalb die M nicht mehr berechtigt gewesen sei, zu Gunsten der Kläger darüber — respective über die Hälfte der Grundstücke — letztwillig zu verfügen. Die Urkunde vom Jahre 1859 war sofort bei den Realitäten intabulirt und der Intabulationsbescheid im Jahre 1860 der M und den Beklagten zugestellt worden. Der in der Verlaßberichtigung festgestellte Schätzungswerth der Liegenschaften beläuft sich auf 1010 fl. Die Kläger qualificirten den Inhalt der Urkunde vom Jahre 1859 als eine Schenkung auf den Todesfall wegen des weit unter dem Schätzungswerth der Realitäten stehenden Ueber-

nahmspreises von nur 420 fl. und behaupteten, darauf gestützt, die Ungiltigkeit der Schenkung, da die Urkunde nicht von drei Zeugen mitunterzeichnet ist. Davon abgesehen und angenommen, daß ein entgeltlicher Vertrag errichtet worden sei, bestritten sie die Giltigkeit desselben wegen wesentlichen Irrthums, weil nach dem Wortlaut des Documents den Beklagten das Uebernahmerecht bezüglich der ganzen Realitäten eingeräumt worden wäre, während beide Contrahenten — die Beklagten wie die M — die Meinung gehabt und auch ausgesprochen hätten, daß unter dem Object der Uebernahme nur die Hälfte der Liegenschaften verstanden sei. Zum Beweis dieses, gegnerischerseits geleugneten Umstandes trugen die Kläger den Beklagten den unrückschiebbaren Haupteid auf: es sei ihres Wissens und Erinnerns gelegentlich der Errichtung der Urkunde vom Jahre 1859 von ihnen und der M die Verabredung nicht getroffen worden, daß ihnen von der M das Uebernahmerecht nur auf die Hälfte der gedachten Realitäten eingeräumt werden sollte. Gegen die Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums wendeten die Beklagten die Triennalverjährung nach §. 1487 a. b. G. B. ein. — Mit Abänderung des die Klage unbedingt abweisenden Urtheils der ersten Instanz erkannte das O. L. G. auf obigen Haupteid und gegen das Klagebegehren oder nach demselben, je nachdem die Beklagten den Eid leisten werden oder nicht.

Auf die Revisionsbeschwerde der letzteren bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Die Beklagten stellen dem von den Klägern aus dem letzten Willen der M in Anspruch genommenen Uebernahmerecht ihr eigenes aus dem Vertrage von 1859 entgegen. Dieses letztere Recht ist für die Beklagten nur ein facultatives: sie können die in der Urkunde (deren Rechtsgiltigkeit vorausgesetzt) bezeichneten Realitäten um den bestimmten Preis übernehmen; sie sind aber hiezu nicht verpflichtet. Nach dem §. 936 a. b. G. B. muß auf die Erfüllung solcher Zusagen binnen einem Jahre, nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden. Da jedoch nur die Beklagten die Revisionsbeschwerde ergriffen haben und folglich keinesfalls ungünstiger, als durch das obergerichtliche Urtheil gestellt werden können, so liegt die Untersuchung: ob wegen Verstreichung der besagten Jahresfrist das ihnen gewährte Recht nach §. 936 erloschen sei und dem Klagebegehren unbedingt stattzugeben wäre, außer der Aufgabe des obersten Gerichtshofes. Es mußte daher das Urtheil der zweiten Instanz bestätigt werden, weil durch den darin zugelassenen Haupteid der bei Abfassung der Urkunde vom Jahre 1859 unterlaufene Irrthum der Parteien über den Umfang des Uebernahmeobjectes bewiesen wird, ein Irrthum, der sowohl in dem Umstande, daß der ganze Weingarten und Wald im Nachlaßinventar auf 1010 fl., also auf mehr als die Hälfte des Uebernahmepreises der Urkunde vom Jahre 1859 geschätzt wurde, als auch in der letztwilligen Anordnung der des Schreibens unkundigen M seine Bestätigung findet. Daß aber die Verjährung des

Bestreitungsrechtes wegen eines bei dem Vertrage unterlaufenen Irrthumes erst mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem dem zur Bestreitung Berechtigten der Irrthum bekannt wurde und er in die Lage kam, dieses Recht auszuüben, ergibt sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus der Analogie des §. 1489 a. b. G. B. Die Gründe des O. L. G. endlich haben dargethan, daß von diesem Zeitpunkte bis zur Klage drei Jahre noch nicht verstrichen waren. — Die Motivirung der zweiten Instanz, worauf hier hingewiesen ist, lautet: Für die Kläger wäre die Verjährungszeit ohnehin nicht abgelaufen, weil vom Todestage der M bis zum Tage der Klage drei Jahre noch nicht verstrichen waren. Allein auch nicht für die M kann die Verjährungszeit als abgelaufen betrachtet werden, obschon seit Errichtung der Urkunde vom Jahre 1859, respective seit der im Jahre 1860 geschehenen grundbücherlichen Eintragung derselben bis zu ihrem Tode mehr als drei Jahre vergangen sind, weil für die Annahme, daß die M von dem fraglichen Irrthume, wenn er wirklich unterlaufen ist, überhaupt und wann eine Kenntniß erlangt habe, ob und wann sie demnach denselben hätte geltend machen können, jeder Anhaltspunkt fehlt. Die Urkunde vom Jahre 1859 ist nämlich von der M nur mit dem Kreuzzeichen unterfertigt und enthält dabei nicht die Bestätigung, daß sie ihr vorgelesen worden ist, weshalb daraus nicht hervorgeht, daß die M den Inhalt des Schriftstückes gekannt habe. Dasselbe ist der Fall mit der ihr zugestellten Verständigung von der erfolgten Intabulation der Urkunde, und es liegt auch nicht vor, daß diese Verständigung überhaupt von der Art gewesen sei, um daraus den fraglichen Irrthum wahrnehmen zu lassen; und außerdem wurde ein besonderer Umstand, vermöge dessen die M eine Kenntniß vom Inhalte der Urkunde hätte erlangen können, von den Beklagten nicht angeführt, viel weniger nachgewiesen.

Nr. 3376.

Unzulässigkeit der Sicherstellung der Gläubiger des Nacherben auf der fideicommissarischen Erbschaft.

Entsch. v. 14. April 1869, Nr. 3874 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 1. Dec. 1868, Nr. 65839 und des O. L. G. Wien vom 20. Jänner 1869, Nr. 1307). G. H. 1869, S. 260.

M hat testamentarisch seiner Ehefrau ein Haus hinterlassen und ihr seine Kinder durch die Anordnung fideicommissarisch substituirt, daß das Haus nach ihrem Tode unter den noch lebenden Kindern zu theilen sei. Eines der Kinder des M ist B und dessen Substitutions-Erbrecht bei dem Hause bereits intabulirt. Die Witwe des M lebt noch.

Das Gesuch eines Gläubigers des B um Pränotation eines Pfandrechtes auf dem Substitutions-Erbrechte des Letzteren wurde in allen drei Instanzen, von dem obersten Gerichtshofe mit der Begründung abgewiesen, daß zur Zeit noch kein Recht des B, im Sinne des §. 703 a. b. G. B., auf einen Antheil des Hauses vorhanden ist, der §. 822 a. b. G. B. aber die Vormerkung nur auf ein dem Erben bereits angefallenes Erbgut gestattet und keineswegs ein erwartetes Erbrecht als solches in Pfändung gezogen werden darf.

Nr. 3377.

Armenrecht: Nachweis der Vermögenslosigkeit.

Entsch. v. 14. April 1869, Nr. 3975 (Best. des Decr. des Ausschusses der Advocatenkammer Salzburg v. 6. Februar 1869, Nr. 40, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Februar 1869, Nr. 3228). G. Z. 1869, Nr. 45.

A hat bei dem Ausschusse der Advocatenkammer in Salzburg um Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters auf Grund eines von dem Vorstande der Gemeinde X ausgestellten Zeugnisses, daß er ein Handwerksgeselle, ganz vermögenslos sei, sich in seinem Gewerbe kümmerlich fortbringe, da sein täglicher Verdienst kaum den Taglohn erreicht, und nur eine sehr verschuldete kleine Grundparcelle besitze. Der Ausschuß wendete sich erst an den erwähnten Gemeindevorstand und erhielt die Auskunft, daß A mit seinen zwei Geschwistern eine Grundparcelle, die nach Abzug der Schulden einen Werth von 500 fl. habe, und wovon der Fruchtgenuß zu $^1/_4$ seiner Mutter gebühre, besitze, welche Parcelle noch dazu unproductiv sei, daß übrigens A, wenn er mehr seiner Profession nachginge, sich mehr als den Taglohn verdienen könne. Auf diese Information wies der Ausschuß den A mit seinem Gesuche ab, weil aus dem Schreiben des Gemeindevorstandes hervorgeht, daß er nicht ganz vermögenslos sei, und wenn er sein Gewerbe ausüben wollte, mehr als den gewöhnlichen Taglohn zu erwerben im Stande wäre, somit die gesetzlichen Bedingungen zur Begründung des Armenrechtes nicht vorhanden sind. — Das O. L. G. bewilligte ihm die unentgeltliche Vertretung, weil das Zeugniß der Gemeindevorstehung in X allen von dem Gesetze für Gewährung der Bitte gesetzten Bedingungen entspricht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den abweislichen Bescheid des Ausschusses der Advocatenkammer, da aus dem Schreiben des Gemeindevorstandes hervorgeht, daß A allerdings in der Lage ist, durch Betrieb seines Gewerbes die Mittel zur Honorirung eines Advocaten sich zu verschaffen.

Nr. 3378.

Ehepacten: Auslegung des Ausdruckes: „Vermögen".

Entsch. v. 14. April 1869, Nr. 4026 (Best. des das Urth. des K. G. Bozen v. 26. Nov. 1868, Nr. 3391, abänd. Urth. des O. L. G. Innsbruck vom 3. Februar 1869, Nr. 580). G. Z. 1869, Nr. 80.

In der gegen seine Gattin B gerichteten Klage behauptet A, die Geklagte habe ihm laut Ehevertrag §. 2 ihr sämmtliches bereits angefallenes und noch zuwachsendes Vermögen als Heiratsgut zur Verwaltung und zum Genusse während der Ehe zugebracht. Nach dem Tode des Vaters der Geklagten sei ihr laut Einantwortung des Abhandlungsgerichtes der lebenslange Fruchtgenuß an dem zugefallenen Erbvermögen von beiläufig 12.000 fl. eingeräumt worden, folglich stehe ihm, Kläger, die Verwaltung und der Genuß dieses von seiner Gattin erworbenen lebenslänglichen Fruchtgenußrechtes an dem ihren und seinen Kindern zum Eigenthume zugefallenen Erbvermögen während der Dauer der Ehe zu, und die geklagte Gattin habe zu gestatten, daß der Kläger während der Dauer der Ehe die Zinsen und Renten dieses Erbvermögens der Kinder beziehe. Die Geklagte machte dagegen geltend, daß das Fruchtgenußrecht als das Recht, fremdes Vermögen zu genießen, kein Gegenstand der Heiratsgutsbestellung sein könnte, weil dieses Recht als persönliche Servitut unveräußerlich und unübertragbar sei (§§. 478, 485, 509 a. b. G. B.), daß in den §§. 1227, 1229 a. b. G. B. der Gatte ausdrücklich als Fruchtnießer des Heiratsgutes erklärt werde, woraus folge, daß das Fruchtnießungsrecht selbst nicht Gegenstand des Heiratsgutes sein könne, weil ein Fruchtnießungsrecht des Fruchtnießungsrechtes ein juridischer Nonsens wäre; daß daher der Ausdruck Vermögen in dem Ehevertrage in der engeren Bedeutung genommen sei, in welcher derselbe Substanz, Capital, Stammgut, im Gegensatz zum Fruchtgenuß, zur Rente, zum Einkommen bezeichnet; daß der Ausdruck Vermögen in dem Ehevertrage sogar ausdrücklich dem Genusse entgegengesetzt werde, indem es dort heißt, „daß die Braut dem Bräutigam ihr Vermögen als Heiratsgut zum Genusse übergebe"; daß der geklagten Gattin durch den Tod ihres Vaters kein Vermögen zugefallen sei, sondern nur das Recht, eine fremde Vermögenssubstanz zu genießen; daß endlich, wenn dieses Fruchtnießungsrecht als ein Vermögen der Gattin angesehen werden wollte, doch dem Gatten nur der Genuß desselben, also der ortsübliche Zins dieses Rentenbezuges, nicht aber der Genuß des Erbvermögens der Kinder selbst gebühren würde. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Der §. 1228 a. b. G. B. spricht sich klar dahin aus, daß auch Rechte Gegenstand des Heiratsgutes sein können. Durch den Ehevertrag hat die Gattin sich des Rechtes begeben, ihr Vermögen — bestehe es nun in Sachen oder Rechten — während der Dauer der Ehe selbst zu verwalten und zu genießen, und hat dieses

Recht auf den Gatten übertragen. Obwohl das Gesetz den Begriff Vermögen nirgend, auch nicht im §. 353 a. b. G. B. definirt, so gibt es doch eine Reihe von Bestimmungen, daß das Wort Vermögen im weiteren Sinne zu nehmen sei, wo es alle Sachen und Rechte begreift, die Jemand besitzt; es wäre z. B. ungereimt, die nach §. 167 a. b. G. B. dem Vater eines unehelichen Kindes obliegende Alimentationspflicht deshalb auf die Mutter zu wälzen, weil der Vater kein eigenes Vermögen, nämlich keine Substanz besitzt, sondern nur das Recht, fremdes Vermögen von mehreren Millionen zu genießen! Das Recht des Fruchtgenusses muß also auch als ein Vermögen betrachtet werden und ist ein geeigneter Gegenstand zur Heiratsgutsbestellung, weil nach §. 1257 auch die Fruchtnießung einem anderen abgetreten, d. h. die Ausübung des usus fructus einem Anderen überlassen werden darf. — Das O. L. G. hat den Kläger lediglich abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil aus den nachstehenden Gründen: Die Frage, ob der der Gattin auf Lebensdauer vorbehaltene Naturalgenuß als im Ehevertrag bestelltes Heiratsgut anzusehen ist, muß verneint werden. Man versteht schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauche unter Vermögen nicht auch einen bloßen Fruchtgenuß, eine bloße Rente; Vermögen und wiederkehrende Einkünfte, als Besoldungen, Zinsen u. dgl., werden vom Sprachgebrauche einander entgegengesetzt, indem man nicht selten dem Satze begegnet, daß Jemand zwar ein bestimmtes jährliches Einkommen, aber kein Vermögen besitzt. Hiemit stimmt auch die juridische Terminologie überein, insbesondere auch jene des a. b. G. B., wie beispielsweise die §§. 288, 299 darthun. Das Recht zum Fruchtgenusse kann somit als Vermögen in eigentlicher engerer Bedeutung nicht angesehen werden, weswegen auch in der gerichtlichen Erbseinantwortung kein Theil des vom Vater der Geklagten hinterlassenen Vermögens der Geklagten eingeantwortet, sondern vielmehr das ihren Kindern eingeantwortete Vermögen durch den lebenslangen Fruchtgenuß der Geklagten beschränkt wurde. Daß endlich im Ehevertrage unter Vermögen ein bloßer Fruchtgenuß nicht verstanden und als Heiratsgut bestellt werden wollte, ergibt sich auf das Bestimmteste aus dem Inhalte des Ehevertrages selbst, denn es wird dort besonders in den §§. 2 und 5 Genuß und Nutzgenuß geradezu im Gegensatze zum Vermögen gebraucht und im §. 4 festgesetzt, „daß das als Heiratsgut bestellte Vermögen seinerzeit vollzählig restituirt werden soll", welche Ausdrucksweise auf einen bloßen Fruchtgenuß nicht anwendbar ist. Die Auslegung, die der Kläger den Worten der Ehepacten geben will, widerstreitet also offenbar dem Willen der Parteien, welchem dieser Vertrag entsprang.

Nr. 3379.

Obergerichtliche Mäßigung und durch den Schätzungseid bedingte Zuerkennung des von der ersten Instanz in einem Contumacialurtheil unbedingt zuerkannten Schadenersatzbetrages.

Entsch. v. 15. April 1869, Nr. 1791 (Best. des das Urth. des B. G. Lemberg v. 20. August 1868, Nr. 15280, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 4. Nov. 1868, Nr. 30140). G. Z. 1869, Nr. 54.

A belangte den B auf Zahlung von 25 fl., weil er von demselben eine Wohnung sammt Holzlage um den Jahreszins von 120 fl. in Bestand genommen, die Holzlage aber gar nicht erhalten habe und dadurch genöthigt wurde, seinen Holzbedarf kleinweise zu kaufen, wodurch ihm während eines Jahres ein Schaden von 25 fl. zuging. Der Geklagte erschien bei der Tagsatzung nicht und das Gericht erster Instanz verurtheilte ihn in contumaciam zur Zahlung der 25 fl. — Das O. L. G. hingegen verurtheilte den Geklagten zur Zahlung von nur 6 fl. gegen Schätzungseid. Gründe: Der von dem Kläger als Ersatz angesprochene Betrag von 25 fl. erscheint offenbar überspannt bei Berücksichtigung der Umstände, daß zu einer kleinen Wohnung, für welche der Miethzins jährlich mit 120 fl. oder monatlich mit 10 fl. zu zahlen war, auch nur eine kleine Holzkammer, die einen größeren Holzvorrath nicht fassen kann, gedacht und gefordert werden könne; daß bei dem Kläger, welcher sich mit einem Armuthszeugnisse ausgewiesen hat, nicht vorauszusetzen und anzunehmen sei, daß er die Mittel zum Ankauf eines größeren Holzvorrathes besaß; daß daher der Nachtheil, welchen der Kläger wegen des Abganges der Holzkammer durch das Einkaufen des Holzes in kleinen Partien erlitt, nicht bedeutend sein könne.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die vom O. L. G. geltend gemachten Motive.

Nr. 3380.

Executive Sequestration der Erträgnisse eines freien Gewerbes.

Entsch. v. 15. April 1869, Nr. 2288 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 30. Nov. 1868, Nr. 63887 und des O. L. G. Wien v. 29. Dec. 1868, Nr. 40548). G. H. 1869, S. 201.

Die Sequestration der Erträgnisse aus dem Goldstaffirergewerbe des B, welche dem Gläubiger desselben von beiden Untergerichten verweigert worden war, weil es sich um die Sequestration eines freien, folglich an die Person des Erwerbers gebundenen Gewerbes handle,

welches nur von einem solchen Stellvertreter betrieben werden dürfe, der für dessen selbstständigen Betrieb die erforderlichen Eigenschaften besitzt (Gewerbeordnung vom 20. December 1859, R. G. Bl. Nr. 227, §. 58), mithin die Sequestration dieses Gewerbes unzulässig sei, — hat der oberste Gerichtshof in der Erwägung bewilligt, daß die executive Sequestration nicht des Gewerbes, sondern der Erträgnisse des Gewerbebetriebs begehrt und damit nicht die Ausübung und Verwaltung des Gewerbes durch den Sequestrationswerber und beziehungsweise den Sequester in Anspruch genommen wird und es sohin Sache des Letzteren ist, nur die Erträgnisse des von B betriebenen Gewerbes unbeschadet des Betriebes in geeigneter Weise zu übernehmen und zu verwalten; daß daher der citirte §. 58 der Gewerbeordnung der Bewilligung dieser Sequestration nicht im Wege steht.

Nr. 3381.

Ansatz einer Einrechnungspost im Pflichttheilsausweise: Berühmung?

Entsch. v. 20. April 1869, Nr. 1741 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 14. April 1868, Nr. 13895 und des O. L. G. Wien v. 4. Nov. 1868, Nr. 12637). G. H. 1869, S. 257 und S. 298. G. Z. 1872, Nr. 25.

In dem Pflichttheilsausweise, in welchem die Testamentserben des M dem Notherben, resp. Enkel des Erblassers in Gemäßheit der letztwilligen Anordnung das Heiratsgut per 3000 fl., welches M seiner verstorbenen Tochter, der Mutter des Notherben, gegeben hatte, in den Pflichttheil einrechneten, erblickte dieser eine Rechtsberühmung, die ihn veranlaßte, die Testamentserben mittelst Klage aufzufordern, daß sie das angebliche Recht, dessen sich der Erblasser gerühmt und auf Grund dessen er in seinem Testament die Anrechnung von 3000 fl. zum Pflichttheil des Klägers verordnet hat, so wie ihr angebliches Recht, diesen Betrag von dem Pflichttheil in Abzug zu bringen, dessen sie sich in dem vorgelegten Pflichttheilsausweise gerühmt haben, zu erweisen. — Beide Untergerichte haben dem Klagebegehren stattgegeben.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde die Aufforderungsklage abgewiesen. Gründe: Die Frage, ob in die von M testamentarisch getroffene Anordnung der Einrechnung in den Pflichttheil und die von den Beklagten in dem Pflichttheilausweise vorgenommene Einrechnung eine den Notherben zur Aufforderungsklage berechtigende Rechtsberühmung enthalte, kann bei richtiger Auffassung des Gesetzes nicht bejaht werden, weil es nach §. 775 a. b. G. B. Sache des verkürzten Notherben ist, den vollen Pflichttheil zu fordern, und derselbe nach §. 1487

a. b. G. B. diese Forderung binnen drei Jahren bei sonstiger Verjährung geltend machen muß; weil selbstverständlich derjenige, welcher eine gar nicht oder nicht vollständig anerkannte Forderung behauptet, nicht seinen Schuldner auffordern kann, darauf zu klagen, daß die Forderung gar nicht oder nur in einem geringen Betrag bestehe, sondern umgekehrt die Forderung in dem von ihm behaupteten Umfang einzuklagen hat; weil ferners in dem Fall, wo der eine Theil eine Forderung behauptet, deren Bestand der andere Theil nur in geringerem Umfange zugibt, und noch kein Theil die gerichtliche Anerkennung seiner Behauptung erwirkt hat, der Gläubiger und nicht der Schuldner als Kläger auftreten muß, und vielmehr der Schuldner zu einer Aufforderungsklage gegen den einer größeren Forderung sich rühmenden Gläubiger berechtigt wäre.

Nr. 3382.

Verweigerung der gerichtlichen Einwilligung zur Drittel-Einschuldung eines Fideicommißgutes.

Entsch. v. 20. April 1869, Nr. 3881 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 25. Juli 1868, Nr. 12829 und des O. L. G. Prag v. 2. Dec. 1868, Nr. 36635). G. H. 1869, S. 243.

A, Besitzer eines Geldfideicommisses, erbat sich von der Fideicommißbehörde die Bewilligung zur Verschuldung des Fideicommisses bis zu $^1/_3$ desselben, um sein zerrüttetes Allodialvermögen wieder herzustellen. Nach Anhörung der Curatoren des Fideicommisses und der Nachkommenschaft und der nächsten Anwärter, welche dagegen Einsprache erhoben, verweigerte das Gericht den Verschuldungsconsens. — — Das O. L. G. bestätigte diese Verordnung, indem es bemerkte, daß der vom Gesuchsteller angeführte Grund die Verschuldung nicht rechtfertige, indem die Aufbesserung des freien Vermögens auf Kosten des Fideicommisses nicht Zweck der Fideicommißstiftung und der gesetzlich zulässigen Onerirung sei; daß die Ansicht des A, wornach bei der Onerirung es der Angabe eines Grundes gar nicht bedürfe, den §§. 635 und 641 a. b. G. B. widerspreche, da die im ersten Paragraph erwähnte Genehmigung der Fideicommißbehörde Gründe und deren Prüfung durch dieselbe voraussetze und der letztere Paragraph einen der Gründe für die zulässige Onerirung ausdrücklich anführe; daß daher der abweisende Bescheid der ersten Instanz gerechtfertigt sei, — umsomehr, als die Fideicommißcuratoren und nächsten Anwärter gegen die Verschuldung Einsprache erhoben haben.

Der a. o. Revisionsrecurs des A wurde vom obersten Gerichtshof verworfen, weil bei dem Umstand, als derselbe die Nothwendigkeit der Verschuldung des Geldfideicommisses bis zur vollen Höhe des

ersten Drittheils nicht dargethan, insbesondere aber die Fideicommiß-behörde nicht in den Stand gesetzt hat, die ziffermäßige Höhe des Bedürfnisses beurtheilen zu können, der oberste Gerichtshof wenigstens zur Zeit nicht in der Lage ist, in den gleichförmigen untergerichtlichen Erledigungen eine Aenderung eintreten zu lassen.

Nr. 3383.

Störung im Rechtsbesitz?

Entsch. v. 20. April 1869, Nr. 3998 (Best. des Decr. der Prätur Lissa v. 24. Juni 1868, Nr. 591, Abänd. des Decr. des O. L. G. Zara v. 3. Dec. 1868, Nr. 5496). G. Z. 1870, Nr. 75.

In der ersten Hälfte des Jänner 1867 belangte A den B wegen Besitzstörung, weil der Letztere seine Cisterne, aus welcher A stets Wasser schöpfte, verschlossen hatte. Die Cisterne liegt zwischen zwei Häusern, von denen das eine B wenige Tage vor der angeblichen Besitzstörung käuflich erworben hatte, in der Höhe des ersten Stockwerkes der Häuser und ist dem Kläger nur mittelst des Durchgangs durch das eine oder das andere dieser Gebäude zugänglich. Die von A angeführten Zeugen bestätigen, daß sein Vorfahr im Besitze des Nachbarhauses und er selbst durch eine Reihe von Jahren bis zum Tage der Besitzstörung herab immerfort für den Hausbedarf das Wasser aus der Cisterne geschöpft habe, ohne den Eigenthümer derselben und der sie einschließenden Häuser um Erlaubniß zu fragen und ohne irgend woher eine Einsprache dagegen zu erfahren. — Das in erster Instanz zugelassene Klagebegehren wurde vom O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß nach der (oben beschriebenen) Lage der Cisterne der Gebrauch der positiven Servitut des Wasserschöpfens die Last der Dienstbarkeit des Durchgangs auf den sie umschließenden zwei Häusern voraussetzen würde; daß aber nach §. 484 a. b. G. B. Servituten nicht auszudehnen, vielmehr einzuschränken sind, und im vorliegenden Falle vom Beklagten bestritten und klägerischerseits nicht bewie[illegible], daß die Eigenthümer jener Häuser dem Auctor des Klä[illegible]brauch des Wassers als Servitut gestattet hätten; daß [illegible] durch lange Zeit das Wasser geschöpft [illegible] Beweis erbrachte, daß dies in Aus-[illegible]rechtes, ohne Beschränkung in der Zeit [illegible] Verpflichtung der Eigenthümer der [illegible]ung des Durchganges durch ihre Häuser [illegible] Kläger die Störung in der Ausübung [illegible]en den Widerspruch des Beklagten nicht

„In der Erwägung, daß durch das theilweise Eingeständniß des Beklagten und durch die in ihrem Zusammenhang betrachteten Aussagen der Zeugen des Klägers rechtlich erwiesen ist, daß sowohl der Kläger als dessen Besitzvorgänger durch einen Zeitraum von vielen Jahren das für ihren Hausbedarf nöthige Wasser aus der zwischen den Nachbarhäusern befindlichen Cisterne ohne irgend einen Widerstand von Seite der jeweiligen Besitzer jener Häuser bis Ende 1866 geschöpft haben; daß, wenn der nur wenige Wochen vor diesem Zeitpunkte zum Eigenthum an einem der besagten Häuser gekommene Beklagte durch Schließung der Cisterne dem Kläger jede fernere Benützung derselben unmöglich gemacht hat, es wohl keinem Zweifel unterliegen kann, daß er durch solche eigenmächtige Neuerung den erwähnten factischen Gebrauch des Wasserbezugsrechtes des Klägers im Sinne des §. 2 des Gesetzes über das possessorium summariissimum (Gubernialnotification vom 9. Nov. 1830, Nr. 22.534, Prov. G. S. für Dalmatien Nr. 144) gestört habe, und daß somit nach §. 15 ibid. der Kläger in seinem factischen Besitz um so mehr geschützt werden mußte, als vom Beklagten das seinerseits behauptete Precarium in keiner Weise erwiesen worden ist" — hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Entscheidung bestätigt.

Nr. 3384.

Bedingungen der Execution zur Sicherstellung: Nichtalterirung des §. 259 a. G. O. durch die Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130.

Entsch. v. 20. April 1869, Nr. 4131 (Best. des Decr. des H. G. Wien vom 8. Jänner 1868, Nr. 1423, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 17. Februar 1869, Nr. 3068). G. H. 1869, S. 239. G. Z. 1872, Nr. 12.

Es handelte sich um die Frage, ob das Recht der Execution zur Sicherstellung einer in erster Instanz durchgesetzten Forderung während des Appellationszuges seit der Wirksamkeit der Just.-Minist.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130 (§§. 4—8, 11 und 12) noch von der im §. 259 a. G. O. enthaltenen Voraussetzung abhängig sei, daß nämlich die siegreiche Partei bis zur Entscheidung in zweiter Instanz einer „Sicherstellung, Bedeckung oder anderen gerichtlichen Vorkehrung" bedarf.

Der oberste Gerichtshof bejahte die Frage mit der Motivirung, daß die citirte Verordnung nur die Art und Weise normirt, in welcher die Execution zur Sicherstellung, wenn sie nach der Gerichtsordnung als provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Processes überhaupt zuläßig ist, zu führen sei, und an den Bedingungen, welche nach den Vorschriften der Gerichtsordnung zur Be-

willigung der Execution zur Sicherstellung erforderlich sind, nichts geändert hat. Da nun der oberste Gerichtshof das Vorhandensein dieser Voraussetzungen des §. 259 a. G. O. aus dem angebrachten Gesuche des Klägers um Sicherstellung nicht entnahm, verweigerte er die begehrte Execution.

Nr. 3385.

Voraussetzungen der Pränotation von Zahlungsaufträgen für Uebertragungsgebühren: Zustellung der Zahlungsauflage an den Besitzer der Liegenschaft.

Entsch. v. 20. April 1869, Nr. 4254 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 22. Jänner 1869, Nr. 3709, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 17. Februar 1869, Nr. 3387). G. H. 1869, S. 197.

Nr. 3386.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Anspruch gegen eine Gemeinde auf Ersatz von Auslagen für Angehörige derselben.

Entsch. v. 20. April 1869, Nr. 4410. G. H. 1869, S. 409.

Gegen die Klage der A wider die Gemeinde in B auf Zahlung der von A bestrittenen Kosten der Entbindung und Verpflegung der nach B zuständigen C erhob die Gemeinde die Einwendung der Incompetenz des Richters mit Berufung auf das Hofdcr. v. 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669 und auf die §§. 36, 39 und 44 des Heimatgesetzes vom 3. Dec. 1863, R. G. Bl. Nr. 105, welche die Entscheidung über die fragliche Ersatzpflicht der Gemeinde dem Landesausschuß anheimgeben.

Der oberste Gerichtshof verordnete die Zurückstellung der Klage, „weil in der That die damit anhängig gemachte Streitsache zum Austrag auf dem gerichtlichen Weg nicht geeignet ist."

Nr. 3387.

Tod des Eidespflichtigen: Verzögerung der Eidesablegung durch Appellation.

Entsch. v. 21. April 1869, Nr. 4197 (Best. des das Decr. des B. G. Reichenberg v. 12. Jänner 1869, Nr. 341, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 16. Februar 1869, Nr. 5321). G. Z. 1869, Nr. 65. G. H. 1869, S. 218.

A hatte den B auf Zahlung für gelieferte Waaren belangt; nachdem bezüglich einiger derselben der Zeugenbeweis über deren An-

nahme dem A mißlungen war, wurde auf den Haupteid darüber erkannt. B appellirte gegen das Urtheil, welches aber in zweiter Instanz bestätigt wurde, worauf er innerhalb der dazu bestimmten Frist den Eid antrat, jedoch zwei Tage vor der zur Ablegung desselben anberaumten Tagsatzung starb. — Das Gericht erster Instanz gab dem Begehren seines Vertreters, den Eid für abgeschworen zu erklären, nicht statt, da B gegen das den abzulegenden Eid enthaltende Urtheil die Appellation ergriffen, somit nach §. 233 a. G. O. die Ablegung desselben verzögert habe. — Das O. L. G. dagegen entschied, daß dieser Haupteid für abgeschworen zu halten sei, weil, wenngleich von B die Appellation gegen das Urtheil des B. G. ergriffen, welches hierauf vollinhaltlich bestätigt wurde, doch diese Appellation mit Rücksicht auf den vom Gerichte zugelassenen Zeugenbeweis und die die Meinung des Appellanten unterstützende Aussage des Zeugen nicht für ganz grundlos gehalten werden kann, in der im §. 233 a. G. O. enthaltenen Bestimmung aber, daß die Eidesablegung nicht durch ergriffene Appellation verzögert worden sei, nicht jede durch die Appellation eingetretene Verzögerung an sich zu verstehen ist, sondern diese Bestimmung nur eine grundlose Appellation supponirt, daher die von B ergriffene Appellation dem gestellten Begehren nicht entgegensteht, zumal die übrigen Bedingungen des §. 233 a. G. O. vorhanden sind.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung aus den dafür geltend gemachten Gründen und dem ferneren, daß es in den Worten und in dem Sinne des §. 233 a. G. O. nicht gelegen ist, mit jeder Appellation die Folge zu verbinden, daß deshalb der Eid, dessen Ablegung durch den Tod der Partei verhindert wurde, nicht für abgeschworen zu halten sei, sondern daß dabei die Absicht zu entnehmen sein muß, die Entscheidung der Rechtssache zu verzögern, was vorliegend nicht der Fall ist, zumal Kläger A, nach Mißlingen des von ihm geführten Zeugenbeweises, kein anderes Beweismittel über die mittelst des fraglichen Haupteides zu erprobenden Lieferungen hatte, als diesen Haupteid.

Nr. 3388.

Competenz der Verwaltungsbehörden zur Einweisung in den Besitz eines zu Eisenbahnzwecken expropriirten Grundes.

Entsch. v. 21. April 1869, Nr. 4595. G. Z. 1869, Nr. 73. G. H. 1870, S. 7.

Die Eisenbahngesellschaft X hatte die Bewilligung der politischen Behörde zur Expropriirung einer in ihrer Bahnlinie gelegenen Realität, und sohin die gerichtliche Schätzung derselben erwirkt, bei deren Vornahme der Eigenthümer Verwahrung dagegen einlegte, weil dabei auf

die Nachtheile keine Rücksicht genommen worden sei, die für ihn mit der Abtretung der Realität verbunden seien. Die Bahngesellschaft erlegte nun den Schätzungswerth bei Gericht und bat mit Berufung auf die Eisenbahnconcession um Delogirung des Eigenthümers und Uebergabe der Realität. — Das Gericht erster Instanz ließ sich auf die Entscheidung ein, indem es das Begehren der Bahngesellschaft als ungegründet abwies. — Das O. L. G. war der auch von der Statthalterei ausgesprochenen Meinung, daß die Gerichtsbehörde in dieser Sache nicht competent sei, und legte die Acten dem obersten Gerichtshof zur Entscheidung der Zuständigkeitsfrage vor.

In Erwägung, daß nach §. 13 des Eisenbahnconcessionsgesetzes v. 14. Sept. 1854, R. G. Bl. Nr. 238, Angelegenheiten, welche sich auf die Vollziehung der Bestimmungen dieses Gesetzes beziehen, von dem Rechtsweg ausgeschlossen sind, und vor die administrativen Behörden gehören, insoferne ihnen nicht ausdrücklich der Rechtsweg vorbehalten ist, oder vermöge der Natur der Sache und der diesfälligen Bestimmungen das Gericht Amt zu handeln hat; daß insbesondere in Gemäßheit des Abs. c des §. 9 des citirten Gesetzes dem Eigenthümer des expropriirten Grundes, der auf eine höhere Entschädigung Anspruch zu haben glaubt, wohl der Rechtsweg vorbehalten bleibt, aber andererseits zur Vollziehung der Bestimmung, daß ungeachtet eines solchen Anspruches die Bahnunternehmung, sobald sie das Expropriationserkenntniß erwirkt und den durch gerichtliche Schätzung festgesetzten Werth an den Eigenthümer gezahlt oder gerichtlich erlegt hat, das Eigenthum des expropriirten Grundes erwirbt und an dem Baue in dieser Rücksicht nicht mehr gehindert werden darf, nach der obigen Regel die Hilfe der administrativen Behörde anzurufen ist, welcher zusteht, zu untersuchen, ob die Bedingungen hiezu erfüllt seien, und die Occupation durch die Bahnunternehmung ohne Weiterem stattzufinden habe; daß auch durch die aus Anlaß eines speciellen Falles ergangene a. h. Entschließung vom 26. Juni 1864, des Inhalts: daß über Ersatzansprüche an Eisenbahnunternehmungen wegen des Schadens, welcher durch den Eisenbahnbau an öffentlichem oder Privatgute verursacht wurde, die competenten Gerichtsbehörden zu entscheiden haben, an der Competenz der Administrativbehörden in Betreff der Verfügungen, welche unmittelbar und direct die Förderung des Baues im öffentlichen Interesse zum Gegenstande haben, nichts geändert wurde; daß demnach das Gesuch der Eisenbahngesellschaft um Beseitigung der vom Belangten der Occupirung der expropriirten Objecte entgegengesetzten Hindernisse, beziehungsweise um Delogirung desselben, an unzugehöriger Stelle angebracht wurde und das Gericht zur Ertheilung eines Bescheides in dieser Angelegenheit nicht competent war — hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid aufgehoben und die Zurückstellung des Gesuches an die Eisenbahngesellschaft mit Verweisung derselben zur Administrativbehörde verordnet.

Nr. 3389.

Umfang der Verpflichtung zum Schadenersatz: Causalzusammenhang; Berechnung des lucrum cessans.

Entsch. v. 27. April 1869, Nr. 3603 (Best. der Urth. des K. G. Jungbunzlau v. 1. April 1868, Nr. 1243 und des O. L. G. Prag v. 24. Nov. 1868, Nr. 33556). G. Z. 1869, Nr. 56.

A brachte wider den B an: Er habe provisorisch eine Lottocollectur versehen. B sei bei ihm Schreiber gewesen und habe seine Abwesenheit von ein paar Tagen zu dem Versuche benützt, einen Lottogewinn von 14 fl. beim Lottoamte in Prag mittelst eines gefälschten Riscontro zu erheben; und als dies nicht gelang, habe B die 14 fl. aus den Lottoerlagsgeldern genommen. Dadurch sei er, A, nicht nur um die 14 fl. beschädigt worden, sondern die Lottodirection habe wegen dieser Ordnungswidrigkeit, welche in der von ihm verwalteten Collectur vorfiel, ihm deren Besorgung sofort entzogen; er spreche daher von B nebst den 14 fl. auch für 1³/₄ Jahre den Ersatz des ihm entgangenen Einkommens aus der Besorgung der Collectur und der Miethe für das Locale an, weil erst nach dieser Zeit sein Gesuch um Wiederverleihung der Collectur definitiv abgewiesen wurde. — In allen Instanzen wurden dem A die eingeklagten 14 fl. zuerkannt; dagegen die weiters erhobenen Ersatzansprüche abgewiesen. Die Gründe der ersten Instanz lauteten: Zufolge des dem Strafurtheile zu Grunde liegenden Thatbestandes war die verbrecherische Handlung des Geklagten eigentlich gegen das Lottoärar gerichtet, da das Lottoamt in Prag durch Einsendung des gefälschten Riscontro bewogen werden sollte, der Lottocollectur des Klägers A den Gewinnstbetrag pr. 14 fl. zu vergüten. Da dieses aber nicht geschah und Geklagter die 14 fl. aus den Lottoerlagsgeldern entnommen hat, muß er zu deren Ersatz verurtheilt werden. Was den Verdienstentgang betrifft, so ist wohl nach §. 1331 a. b. G. B. der an seinem Vermögen vorsätzlich oder durch auffallende Sorglosigkeit Beschädigte berechtigt, auch den entgangenen Gewinn zu fordern. Es kann jedoch hier nur derjenige Gewinn verstanden werden, welchen der Beschädigte aus dem ihm entzogenen oder beschädigten Vermögen gezogen hätte, wofür auch der Schlußsatz dieses Paragraphen spricht, welcher das Maximum der Entschädigungsanspüche im Falle der Beschädigung durch ein Verbrechen in dem Werthe der besonderen Vorliebe festsetzt, daher auch in diesem Falle als Basis dieser ausnahmsweisen Entschädigung das entzogene Vermögen selbst annimmt. Wenn nun auch zugegeben werden wollte, daß der betrügliche Vorgang des Geklagten die Veranlassung war, daß dem Kläger das Befugniß zur Führung der Lottocollectur entzogen wurde, so ist dies doch nicht eine Folge, welche in der Handlung des Geklagten selbst gelegen ist, sondern die in der Entschließung der Lottodirection ihren Grund hat, für deren nachtheilige Consequenzen bezüglich des Klägers

der Geklagte nicht verantwortlich gemacht werden kann. Es stellt sich daher das hiedurch dem Kläger entzogene Einkommen nicht als ein solcher Gewinnstentgang dar, zu dessen Ersatze der Geklagte nach §. 1331 a. b. G. B. verpflichtet werden könnte. Die entgegengesetzte Ansicht würde zu der Consequenz führen, daß der Geklagte auch angehalten werden könnte, dem Kläger für dessen ganze Lebensdauer den Ersatz dieses entzogenen Einkommens zu leisten, weil es möglich wäre, daß der Kläger während seiner ganzen Lebensdauer in dem Genusse dieses Einkommens hätte belassen werden können. Ebenso unbegründet ist der Ersatzanspruch für die Miethe, weil dies ein vom Kläger in Folge seiner freien Willensentschließung gemachter Aufwand ist.

Der oberste Gerichtshof bezeichnete in seinen Motiven den Anspruch auf Ersatz des Miethzinses als ungegründet, weil dieser Aufwand nicht als eine directe Folge der Handlung des Geklagten angesehen werden kann. Die Forderung des Ersatzes des entgangenen Einkommens wäre nach der Ansicht des obersten Gerichtshofes allerdings in quali gegründet; sie kann aber in dem angesprochenen Betrag dem Kläger deshalb nicht adjudicirt werden, weil er nur provisorischer Lottocollectant gewesen ist, mithin nicht als gewiß angenommen werden kann, daß er die ganze seiner Berechnung des Ersatzbetrages zu Grunde gelegte Zeit hindurch die Collectur unter allen Umständen behalten hätte.

Nr. 3390.

Vollstreckbarkeit des durch einen Eid bedingten Urtheils ohne Zustellung der Eidestagsatzungsprotokollserledigung an den bei der Eidesleistung anwesenden Gegner.

Entsch. v. 27. April 1869, Nr. 3977 (Best. des Decr. des B. G. Wels v. 3. Jänner 1869, Nr. 5725, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 17. Februar 1869, Nr. 3238). G. H. 1869, S. 313.

Der Kläger hat den Haupteid, von welchem die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der Klagesumme bedingt war, in Gegenwart des Letzteren bei Gericht abgelegt und begehrte nach Verstreichung des vierzehntägigen Zahlungstermines gegen den Beklagten die Mobilienpfändung, die in erster Instanz bewilligt wurde. — In Erwägung, daß die vierzehntägige Frist zur Zahlung erst von der Zeit an laufen könne, in welcher dem Verurtheilten seine Sachfälligkeit als entschieden bekannt war, welche Wissenschaft dem Verpflichteten nur durch die (unterbliebene) Zustellung der Erledigung des Eidestagsatzungsprotokolles werde und durch die bloße Berufung auf dessen Anwesenheit bei der Eidesleistung nicht ersetzt werden könne, hat das

D. L. G. den erstgerichtlichen Bescheid aufgehoben und die Zustellung der Erledigung des Eidesprotokolles an den Beklagten verordnet.

Der oberste Gerichtshof hielt den Bescheid der ersten Instanz aufrecht und bemerkte in den Motiven, daß der Beklagte blos deshalb, weil er das Eidesprotokoll nicht contrasignirte und von der erfolgten Ablegung des Eides nicht durch eine besondere Erledigung gerichtlich verständigt wurde, weder die Unkenntniß der Eidesleistung, noch einen Mangel der Executionsfähigkeit des Urtheils vorschützen kann.

Nr. 3391.

Unzuläſſigkeit der Sicherſtellung der Gläubiger des Nacherben auf der fideicommiſſariſchen Erbſchaft.

Entſch. v. 27. April 1869, Nr. 4473 (Beſt. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 31. Dec. 1868, Nr. 72718 und des D. L. G. Wien vom 3. März 1869, Nr. 4028). G. H. 1869, S. 260.

In Uebereinstimmung mit der Entscheidung vom 14. April 1869, Nr. 3874 (Nr. 3376 der Sammlung).

Nr. 3392.

Competenz der Gerichte zur Entſcheidung über eine Beſitzſtörung aus Anlaß eines Straßenbaues.

Entſch. v. 27. April 1869, Nr. 4632. G. Z. 1869, Nr. 95.

Die Besitzstörung, wegen welcher der Weingartenbesitzer A den Unternehmer der Herstellung einer Provinzialstraße B in possessorio summariissimo belangte, bestand darin, daß B aus der den Weingarten des A stützenden und dazu gehörigen Felswand an der Straßenlinie Steine brechen ließ, um die Straße zu erweitern. — Auf den Recurs des Beklagten gegen die dem Klagebegehren stattgebende Entscheidung des Gerichtes erster Instanz, legte das D. L. G. im Sinne des Hofdcr. vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669 dem obersten Gerichtshofe vor zur Entscheidung der Competenzfrage (Gerichts- oder Verwaltungsbehörde?).

In Erwägung, daß der . . . Landesausschuß zur Entscheidung, ob ein Private durch den Unternehmer des von dem Landesausschuß demselben in Accord gegebenen Straßenbaues in seinem Besitz gestört worden sei, keinesfalls berufen ist; daß aber auch nicht der . . . Statthalterei diese Entscheidung zusteht, weil es sich hier nicht um einen Gegenstand der Straßenpolizei oder um die Fällung eines Expro-

priationserkenntnisses, sondern nur darum handelt, ob überhaupt eine Benutzung des Eigenthumes des Klägers durch den Beklagten, und insbesondere, ob sie ohne vorgängige Expropriation oder ohne Zustimmung des Klägers stattgefunden habe, — hat der oberste Gerichtshof im Einvernehmen mit dem Ministerium des Innern die Competenz des Richters ausgesprochen und dem O. L. G. die Recursentscheidung aufgetragen.

Nr. 3393.

Verpflichtung des Pächters zur Bestreitung der Assecuranzgebühren.

Entsch. v. 28. April 1869, Nr. 1651 (Best. des Urth. des B. G. Vöcklabruck v. 14. Dec. 1868, Nr. 1955, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 14. Jänner 1869, Nr. 749). G. H. 1869, S. 264.

Die in erster Instanz zugelassene Klage des Grundpächters A gegen den Verpächter B pcto. Ersatz der vom Kläger der oberösterreichischen wechselseitigen Brandversicherungsanstalt gezahlten Feuer-Assecuranzprämie von 21 fl. wurde in zweiter Instanz abgewiesen, weil zwar A in dem Pachtvertrage sich verpflichtet habe, nicht nur die Steuern und Zuschläge, sondern auch die Landes- und sonstigen Concurrenzen aus Eigenem zu bestreiten, jedoch die Feuer-Assecuranzprämie in den „sonstigen Concurrenzen" nicht inbegriffen werden könne, da Concurrenzen öffentliche Abgaben sind, deren Entrichtung von Jemand unter gewissen Voraussetzungen in Folge eines Gesetzes als Schuldigkeit gefordert werden darf, — wogegen nach den mit Erlaß der Statthalterei vom 11. Juli 1864, Nr. 11 des L. G. Bl. für Oberösterreich kundgemachten Statuten der wechselseitigen Landesversicherungsanstalt im besagten Lande der Beitritt vom Belieben des Einzelnen abhängt und diese Anstalt als eine zwangsfreie erklärt ist, der Einzelne nur so lange er Mitglied ist, Beiträge zu leisten hat und die Staatsbehörden nur bei deren Eintreibung förderndinterveniren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil in Erwägung, daß die vom Kläger gezahlte Assecuranzprämie vermöge der Bestimmungen, welche die obigen Statuten in den §§. 5, 12 und 14, bezüglich der für die jährlich zu entrichtenden fixen Assecuranzprämien und die Zuschläge vorgesehenen Umlagszahlung, der Einhebung der fixen Prämien durch die Perceptionsämter auf Grund der von der Landesbuchhaltung verfaßten Einzahlungstabellen und der Eintreibung mittelst der politischen Execution enthalten, allerdings unter den Begriff einer Concurrenzleistung fällt, die zwar nicht unbedingt Jedermann, allein vermöge ihrer Bestimmung die ganze Classe der

dem Versicherungsverein Beigetretenen und demnach Versicherten trifft; daß übrigens die Verpflichtung des Klägers, die Assecuranzgebühr während der Pachtdauer aus Eigenem zu bestreiten, sich auch schon aus dem §. 1099 a. b. G. B. ergibt, weil nach Inhalt des Pachtvertrages die Pachtung nicht nach einem Anschlag, d. i. nach einer zur Ermittlung des Reinertrages der Pachtsache und Feststellung des Pachtzinses vorgenommenen Vergleichung der Nutzungen mit den daraus zu bestreitenden Abgaben und Lasten, sondern in Pausch und Bogen geschlossen worden ist.

Nr. 3394.
Actio pigneratitia in personam directa: Restitution der Früchte der Pfandsache.

Entsch. v. 28. April 1869, Nr. 1912 (Best. des das Urth. des B. G. Tolmein v. 12. Sept. 1867, Nr. 3021, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 20. August 1868, Nr. 4359). G. Z. 1870, Nr. 9.

A war verurtheilt worden, der B ein Darlehen von 103 fl. gegen Herausgabe des der B gegebenen Pfandes zurückzuzahlen; er deponirte die 103 fl. bei Gericht, weil die B, welcher A die Zahlung angeboten, die Restitution der Pfandsache verweigerte, und belangte darauf die B, wegen Anerkennung der Rechtmäßigkeit des Erlages, Herausgabe der Pfandsache und Ersatz der von ihr seit dem Tage des Erlages bezogenen Früchte derselben. — Beide Untergerichte verurtheilten die B zur Herausgabe des Pfandes und zum Ersatz der Früchte, — allein die erste Instanz nach §. 338 a. b. G. B. nur zum Ersatz der seit der Klagezustellung bezogenen Früchte, wogegen das O. L. G. dem Kläger den Ersatz der seit dem Tage des gerichtlichen Erlages der 103 fl. bezogenen Nutzungen zuerkannte, weil die B vom Zeitpunkte des Zahlungsantrages und der gerichtlichen Hinterlegung der Schuld nicht mehr als redliche Besitzerin betrachtet werden könne, daher nicht der §. 338, sondern der §. 335 a. b. G. B. Anwendung finde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus dem gleichen Grunde.

Nr. 3395.
Unzulässigkeit des Eides über das Wissen einer Thatsache, deren Existenz nicht erwiesen ist.

Entsch. v. 28. April 1869, Nr. 2097 (Best. des Urth. des B. G. Seltschan v. 10. Juli 1868, Nr. 4768, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 21. Oct. 1868, Nr. 31438). G. H. 1869, S. 276.

Der Klage des Cessionars einer intabulirten Forderung begegnete der beklagte Cessus mit der exceptio doli, indem er anführte

und durch Zeugen, subsidiarisch durch den Haupteid, zu beweisen sich erbot, 1. daß er die Schuld noch dem Cedenten vor der Abtretung zurückgezahlt und 2. daß der Kläger zur Zeit der Cession von der Zahlung schon gewußt habe. — Der Zeugenbeweis mißlang, und das Gericht erster Instanz verurtheilte den B ohne Zulassung des Eidbeweises zur Zahlung, wogegen das O. L. G. auf den Haupteid über die oben angeführten Umstände erkannte, weil der Kläger, wenn dieselben bewiesen würden, sich die Einwendung des Beklagten nach §. 469 a. b. G. B. gefallen lassen müsse.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Entscheidung, weil durch die Zeugen der Beweis, daß der Kläger von der erfolgten Tilgung der Schuld gewußt habe, nicht hergestellt wurde, und der Haupteid ad 2 (ohne welchen der Haupteid ad 1 irrelevant wäre) unzulässig ist, indem derselbe nicht über das Factum der dem Beklagten gemachten Mittheilung, sondern nur über seine Wissenschaft von der Löschung der Forderung, somit über einen inneren Zustand aufgetragen wurde.

Nr. 3396.

Zeitweilige Unmöglichkeit der Erfüllung eines Miethvertrages.

Entsch. v. 28. April 1869, Nr. 3228 (Best. des das Urth. des B. G. Přibram v. 5. Dec. 1868, Nr. 10466, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 25. Jänner 1869, Nr. 40053). G. H. 1869, S. 238.

B vermiethete sein Haus dem A, ließ seinem bisherigen Miether C die gerichtliche Miethaufkündigung zustellen, welche C im Proceßwege anfocht, und war durch die Weigerung des Letzteren, vor der Entscheidung des Rechtsstreites auszuziehen, verhindert, dem neuen Miether A zu der vertragsmäßigen Zeit das Haus zur Verfügung zu stellen. Von A 1. auf Einhaltung des Vertrages, 2. auf Uebergabe des Hauses binnen 14 Tagen belangt, machte B die Einwendung der ohne sein Verschulden eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B nach dem Klagebegehren, weil der von A geforderte Gegenstand dem Verkehre nicht entzogen, die verlangte Vertragserfüllung und die Uebergabe des Hauses durch einen Zufall, der den zur Uebergabe Verpflichteten trifft, nur in der bestimmten Zeit unmöglich wurde, mithin der Beklagte den Vertrag erfüllen oder dem Kläger für den Schaden haften müsse. — Das O. L. G. hat das Begehren ad 1 zugelassen, ad 2 für dermalen abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Nachdem für den Beklagten die rechtliche Unmöglichkeit der Uebergabe des Miethobjectes an den Kläger entstanden war, konnte,

wenngleich der Spruch (beider Untergerichte) vorliegt, daß der Beklagte schuldig sei, den Miethvertrag einzuhalten, derselbe zur Uebergabe des Hauses so lange nicht verurtheilt werden, als das dieser Leistung entgegenstehende Hinderniß nicht beseitigt ist. Durch die Entscheidung (des O. L. G.) ist dem Ersatzanspruch, welcher dem Kläger aus der Nichterfüllung des Miethvertrages gegen den Beklagten allenfalls erwachsen sein dürfte, keineswegs präjudicirt, und es konnte darüber auch nicht erkannt werden, weil ein solcher Anspruch im vorliegenden Proceß nicht erhoben wurde.

Nr. 3397.

Berechtigung des Sequesters, einen gerichtlich nicht bestimmten Betrag für seine Entlohnung zurückzubehalten.

Entsch. v. 28. April 1869, Nr. 4374 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 24. Dec. 1868, Nr. 68616 und des O. L. G. Prag v. 4. Februar 1869, Nr. 4564). G. H. 1869, S. 208.

Nach der vom Sequester B gelegten Rechnung verblieben baare 2071 fl. in seinen Händen, welche er aber in der Rechnung für seine Auslagen und Lohn in Anspruch nimmt. Als nun bei der zur Festsetzung der Frist für die anzubringenden Mängel abgehaltenen Tagfahrt A, einer von den auf der sequestrirten Liegenschaft intabulirten Gläubigern, das Begehren um Deponirung der besagten Barschaft stellte, wurde vom Gericht dem B der gerichtliche Erlag derselben bis auf Weiteres aufgetragen. — Das O. L. G. bestätigte diese Verordnung in Erwägung, daß der Sequester nach den §§. 968, 969, 1004, 1152 und 1159 allerdings auf Ersatz seiner Kosten und auch auf einen seiner Mühe und den Einkünften des Gutes angemessenen Lohn den Anspruch hat; daß aber der Lohn, außer dem Falle einer Vereinbarung, wofür B einen Beweis nicht beigebracht, nach §. 1152 a. b. G. B. erst vom Richter bestimmt werden muß, mithin B nicht berechtigt ist, die in seiner Hand verbliebene Barschaft zur Berichtigung von noch nicht liquid gestellten Forderungen desselben zurückzubehalten.

Der oberste Gerichtshof hat den Deponirungsauftrag der Untergerichte beseitigt, weil der Sequester die mit der Verwaltung verbundenen Kosten aus Eigenem vorzuschießen nicht verpflichtet und jedenfalls auch zum Anspruch auf den angemessenen Lohn für seine Mühewaltung berechtigt ist, die Höhe des in beiden Richtungen von ihm angesetzten Betrages aber bisher nicht bemängelt wurde, daher auch noch nicht bekannt ist, ob und welche Summe von den 2071 fl. der Sequester als ungebührlich angesetzt, herauszugeben haben werde, und doch nur der gerichtliche Erlag dieses Betrages von ihm verlangt werden kann.

Nr. 3398.

Actio depositi gegen mehrere Erben des Depositars: Haupteid.

Entsch. v. 29. April 1869, Nr. 2109 (Best. des das Urth. des L. G. Czernowitz v. 10. August 1868, Nr. 14720, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 10. Nov. 1868, Nr. 31710). G. H. 1869, S. 260.

A belangte die vier Erben des M vor der Verlassenschaftseinantwortung wegen Zurückstellung von 100 fl., welche er dem Verstorbenen zur Verwahrung gegeben haben will. — Von beiden Untergerichten wurde den Beklagten über die von ihnen abgeleugnete Thatsache der Uebernahme der 100 fl. von Seite des M zur Verwahrung der negative Haupteid aufgetragen. — Dabei sprach das Gericht erster Instanz alle Belangten klagefrei, wenn auch nur Einer von ihnen den Eid schwört, weil zwar nach §. 550 a. b. G. B. die Beklagten als Repräsentanten des Erblassers zur Zurückstellung des Depositums solidarisch verpflichtet erscheinen, allein zu ihrer Loszählung von der Verbindlichkeit es genüge, daß auch nur Einer von ihnen den Eid leistet. — Das O. L. G. befreite die Beklagten von der Zahlung nur in dem Falle des von allen vier Beklagten abgelegten Haupteides, weil es sich hier nicht um die Beschwörung einer positiven Thatsache handelt, in welchem Falle der Eid eines einzigen der Erben, die nach den §§. 547 und 550 a. b. G. B. die Person des Erblassers bezüglich seiner Verpflichtungen vorstellen, den vollständigen Beweis der Thatsache herstellen würde, daher die Appellation des Klägers ganz gerechtfertigt erscheint, indem die Negation eines Erben, der von einer Thatsache keine Kenntniß hat, noch nicht den Beweis des Nichtbestehens derselben liefert, weshalb eben die Beschwörung des Nichtbestehens der Thatsache durch alle Erben nothwendig ist. — In der gegen das obergerichtliche Urtheil eingelegten Revisionsbeschwerde der Beklagten wurde geltend gemacht, daß hier die Grundsätze über die Eidesleistung bei Streitgenossenschaften umsoweniger angewendet werden können, da als der eigentliche Verpflichtete der Nachlaß des M erscheint und A, um die Zahlung aus der Masse zu erhalten, gar nicht nöthig hatte, die sämmtlichen Erben zu belangen; und daß selbst bei der eigentlichen Streitgenossenschaft diejenigen Genossen, welche den Eid leisten, von der Zahlung befreit würden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit einfacher Bezugnahme auf die obergerichtlichen Motive.

Nr. 3399.

Unzulässigkeit der Schätzung bei der auf Grund einer Privaturkunde bewilligten Execution zur Sicherstellung.

Entsch. v. 29. April 1869, Nr. 4428 (Best. des das Decr. des K. G. Bozen v. 28. Jänner 1869, Nr. 276, abänd. Decr. des O. L. G. Innsbruck vom 23. Februar 1869, Nr. 789). G. Z. 1871, Nr. 59.

A überreichte gegen B eine Executionsklage auf Zahlung von 712 fl. und stellte zugleich auf Grund des §. 397 westg. G. O., Hofdcr. vom 7. Mai 1839, Nr. 358 G. O. und der Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, §§. 4, 12 die Bitte, daß ihm zur Sicherstellung der gänzlich unbedeckten Forderung die Execution durch Pfändung und Schätzung des Waarenlagers des Geklagten bewilligt werde. Bei der Tagsatzung brachte der Geklagte B solche Einwendungen in merito vor, welche ein Beiurtheil auf Führung des Beweises durch Kunstverständige erheischt hätten, weshalb der Kläger A sein Begehren um Ertheilung der Execution zur Sicherstellung erneuerte. — Das Gericht erster Instanz bewilligte dem A die Pfändung und Schätzung des Waarenlagers; das O. L. G. nur die Pfändung. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil nach dem letzten Absatz des Hofdcr. vom 7. Mai 1839, Nr. 358 bei dem auf eine vollen Glauben verdienende Privaturkunde gestützten Executionsverfahren die Execution zur Sicherstellung der eingeklagten Forderung sammt Nebengebühren „allenfalls mittelst Pfändung“ bewilligt, nicht aber auf die Schätzung ausgedehnt werden kann, wie bei dem Mandatsverfahren auf Grund von notariellen Urkunden zufolge Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, oder bei jenem auf Grund öffentlicher oder durch inländische Gerichte oder Notare legalisirter Urkunden, welche in einem öffentlichen Buche einverleibt erscheinen, zufolge der in der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, Nr. 130 enthaltenen Vorschriften, weshalb die vom O. L. G. verfügte Einschränkung der Execution zur Sicherstellung auf die bloße Pfändung gerechtfertigt erscheint.

Nr. 3400.

Rechtlicher Beginn der Verpflichtung zur Bestreitung der Alimente eines unehelichen Kindes: Alimente pro praeterito.

Entsch. v. 29. April 1869, Nr. 4456 (Best. des das Urth. des B. G. Schwechat v. 2. Jänner 1869, Nr. 3143, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 18. Februar 1869, Nr. 2444). G. Z. 1869, Nr. 62.

Mutter und Vormund des im Jahre 1865 geborenen A belangten im August 1868 den B auf Anerkennung seiner außereheli-

chen Vaterschaft und Zahlung der Alimente seit dem Tage der Geburt des Kindes. Der Geklagte wendete ein, daß für das Kind Alimente nur vom Tage der Klage angesprochen werden können, da es bis dahin verpflegt worden sei, daß er selbst ganz vermögenslos war, und erst durch das am 29. December 1867 erfolgte Ableben eines Verwandten M, ihm ein kleines Vermögen zufiel. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B zur Zahlung der Alimente vom 29. December 1867 an, aus folgenden Gründen: Es erscheint im vorliegenden Falle weder die Geburtszeit des Kindes noch der Tag der Klage maßgebend, sondern der Todestag des Verwandten M, von welchem der Geklagte ein Vermögen ererbte: nicht die Geburtszeit des Kindes, weil der Geklagte damals Soldat, und als solcher zum eigenen Erwerbe unfähig und bis zum Ableben des M vermögenslos war (§. 167 a. b. G. B.); der Klagetag nicht, weil der Anspruch des Kindes auf Alimentation, welcher an und für sich seit seiner Existenz begründet ist (§. 166 a. b. G. B.), demselben nicht dadurch verkümmert werden kann, daß der gesetzliche Vertreter des Kindes die Klage erst in einem späteren Zeitpunkte überreichte und das Kind bis zur gerichtlichen Anerkennung seines Anspruches von einem Dritten aus Mitleid oder sonstigen Motiven verpflegt wurde. Der Beginn der Alimentationsverpflichtung des Geklagten erscheint daher seit dem Tage rechtlich begründet, als ihm das Vermögen zufiel, welches ihn in den Stand setzt, seinen Vaterpflichten zu genügen, das ist der Todestag des M. — Das O. L. G. verurtheilte den B zur Zahlung der Alimente von der Geburt des Kindes an.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil, weil es keinem Zweifel unterliegt, daß das Recht des Kindes, von seinem Vater Alimente zu verlangen, und somit auch die Schuld des Vaters, sie zu leisten, seit der Geburt des Kindes besteht, die zeitweilige Vermögenslosigkeit des Vaters wohl der Realisirung des dem Kinde selbst zustehenden Rechtes factisch entgegensteht, keineswegs aber das Recht selbst aufhebt, welches dann zur Geltung gebracht werden kann, wenn die Möglichkeit gegeben ist, und der Umstand, daß ein Dritter inzwischen das Kind erhalten hat, insoferne es nicht in Erfüllung der Pflicht des Vaters und in dessen Namen geschehen ist, an dem Rechte des Kindes nichts ändert.

Nr. 3401.

Vertragsmäßige Haftung für die Einbringlichkeit einer Hypothekarforderung: Voraussetzungen für die Geltendmachung derselben.

Entsch. v. 4. Mai 1869, Nr. 4701 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des L. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 25. Sept. 1868, Nr. 40602 und des O. L. G. Prag v. 29. Dec. 1868, Nr. 39631). G. Z. 1869, Nr. 71.

Als Mandatar des C cedirte B dem A die durch Grundpfand sichergestellte Forderung seines Mandanten gegen D im Betrage von 500 fl. und erklärte zugleich im eigenen Namen dem Cessionar, für Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zu haften. Bei der Vertheilung des Erlöses aus der später stattgefundenen executiven Versteigerung der Pfandsache kam die obige Satzpost des A nur mit 102 fl. 68 kr. zum Zug und nun belangte derselbe den B als Bürgen für die cedirte Forderung auf Zahlung des 397 fl. 32 kr. betragenden Ausfalls. Der Beklagte stellte seine Zahlungspflicht überhaupt in Abrede und wendete in zweiter Linie, unter Anbietung des Beweises durch den dem Kläger zugeschobenen Haupteid, ein, daß dieser seinem Mandanten C nur 350 fl. als Cessionsvaluta gegeben habe. Beide Untergerichte haben den B unbedingt zur Zahlung von 247 fl. 32 kr. verurtheilt und von der Zahlung der restlichen 150 fl. für den Fall absolvirt, als er den vorerwähnten Beweis durch den Haupteid herstellen werde.

Der oberste Gerichtshof wies den Kläger zur Zeit mit dem ganzen Klagebegehren ab, indem er die Frage, ob der Beklagte für den eingeklagten Ausfall hafte, aus folgenden Gründen verneinte: Die Haftungsverbindlichkeit des B, welcher der dem C nach §. 1397 a. b. G. B. obliegenden und zweifellos nach den Grundsätzen der Gewährleistung zu beurtheilenden Haftungspflicht für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung pr. 500 fl. durch seine im eigenen Namen beigesetzte Erklärung beigetreten ist, mag entweder gleichfalls nach den Grundsätzen der Gewährleistung, oder, wie es von Seite des Klägers A geschah, nach jenen über die Bürgschaft beurtheilt werden, in jedem Fall ist seine aus der Haftung entspringende Zahlungspflicht nach §§. 922 und 1397 a. b. G. B. durch den Beweis der Unrichtigkeit oder Uneinbringlichkeit der cedirten Forderung bedingt, der aber nach §§. 3 und 104 a. G. O. Demjenigen obliegt, welcher daraus ein Recht ableiten will. Die Richtigkeit der Forderung ist im vorliegenden Proceß anerkannt; die Uneinbringlichkeit derselben kann aber daraus, daß sie beim executiven Verkauf der inzwischen in dritte Hände übergangenen Pfandsache nicht vollständig zum Zuge gekommen ist, mit Verläßlichkeit nicht entnommen werden, weil der Cessus seiner persönlichen Zahlungspflicht nicht enthoben und, wie der Kläger selbst

zugesteht, trotzdem um die Zahlung noch gar nicht angegangen und seine Zahlungsunfähigkeit nicht einmal behauptet, viel weniger bewiesen worden ist. Deshalb ist es vorerst noch Sache des Klägers, seine Forderung auch gegen den directen persönlichen Schuldner derselben zur Geltung zu bringen, wozu ihn der §. 466 a. b. G. B. ungeachtet der bestellten Hypothek vollständig berechtigt. Die Klage war somit verfrüht und aus diesem Grunde abzuweisen.

Nr. 3402.

Erfüllung des gerichtlichen Auftrages zur Rechnungslegung durch Erklärung des Nichtvorhandenseins von Einnahme- und Ausgabeposten.

Entsch. v. 4. Mai 1869, Nr. 4726 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 3. Februar 1869, Nr. 694, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 10. März 1869, Nr. 4757). G. Z. 1870, Nr. 57. G. Z. 1869, S. 284.

Dem A als Vertreter und Verwalter der Concursmasse des C wurde gerichtlich aufgetragen, dem B über einen von C mit B gemeinschaftlich geführten Geschäftsbetrieb Rechnung zu legen, und zwar bei sonstiger Geldstrafe. A überreichte nun eine Rechnung, worin im Activstand angeführt wurde, daß C gestorben, keine Instruction oder Aufzeichnung über den fraglichen Betrieb hinterlassen, die Masse selbst das fragliche Geschäft weder allein noch mit dem Cridar betrieben habe; daß keine Nutzungen inventirt wurden und daß somit die Einnahme Null sei. Im Passivstande wurde aber die Bemerkung aufgenommen, daß außer B Niemand Ansprüche auf die Einnahmen aus dem angeblichen Betriebe des C erhebe. Schließlich wurde das Begehren gestellt, dem Gegner die Genehmhaltung oder Bemängelung aufzutragen. — Das Gericht erster Instanz hat nach §. 100 a. G. O. und Hofdcr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 eine Tagfahrt zur Bestimmung der Bemängelungsfrist angeordnet. — Das O. L. G. hat die Eingabe des A a limine abgewiesen, weil sie zwar als Rechnung bezeichnet ist, allein dieser Bezeichnung nicht entspricht und darin sogar behauptet wird, daß eine Rechnung nicht gelegt werden könne, — mithin die Voraussetzung des §. 100 a. G. O. nicht vorhanden ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil — die Richtigkeit der Angabe, daß in dem Geschäft, worüber Rechnung gelegt werden soll, weder Empfänge noch Ausgaben gemacht wurden, vorausgesetzt — die Rechnung wohl in keiner andern, als in der von A gewählten Form gelegt werden kann, das Gericht aber nicht berufen ist, den Inhalt der gelegten Rechnung von amtswegen zu beanständen und es vielmehr Sache der Gegenpartei bleibt, entweder

die Rechnung zu bemängeln, wenn sie die Richtigkeit der Angabe, daß weder Empfänge noch Ausgaben stattgefunden haben, bestreiten zu können glaubt, oder ihr Recht, falls sie auf dem Weg der Rechnungslegung es nicht erlangen kann, auf anderem geeigneten Wege zu suchen.

Nr. 3403.

Anfang der Frist zum Begehren der Recognoscirung der Klagebeilagen, im Falle der Abweisung des Recurses gegen die Annahme der Klage.

Entsch. v. 4. Mai 1869, Nr. 4978 (Best. des Decr. des L. G. Linz v. 11. März 1869, Nr. 1979, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 7. April 1869, Nr. 6321). G. Z. 1869, Nr. 62.

B hatte gegen die vom Gerichte erster Instanz geschehene Annahme einer wider ihn gerichteten Klage den Recurs an das O. L. G. ergriffen, und nachdem er damit abgewiesen worden, den a. o. Revisionsrecurs angebracht, der gleichfalls verworfen wurde. Nun erst begehrte er die Recognoscirung der Klagebeilagen. — In erster Instanz wurde sein Gesuch mit Rücksicht auf den Tag der Zustellung des obergerichtlichen Erlasses, mit welchem die Annahme der Klage rechtskräftig geworden war, als verspätet (§. 125 a. G. O.) zurückgewiesen. — Das O. L. G. trug dem Gericht auf, das Gesuch mit Abstandnahme von diesem Abweisungsgrunde zu erledigen, weil B erst durch die Zustellung der oberstgerichtlichen Entscheidung von der definitiven Annahme der Klage des A in Kenntniß gesetzt wurde, folglich die Frist zur Einrede und somit auch die Frist zum Gesuch um die Originalieneinsicht erst an diesem Tage begonnen habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid. Gründe: Nach dem Pat. v. 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31, Abs. 3, bewirkt selbst ein ordentlicher Recurs die Aufhaltung des rechtlichen Zuges nur insoweit, daß während eines solchen über eine Förmlichkeit des bei dem ersten Richter noch im Zuge befindlichen Verfahrens bis zu dessen Erledigung mit Schöpfung des Urtheiles nicht vorgegangen werden kann. Daraus folgt, daß andere gerichtliche Handlungen dadurch keinen Aufschub erleiden sollen, und zwar umsoweniger aus Anlaß eines außerordentlichen Recurses. Nun ist aber die erstgerichtliche Verbescheidung der Klage mit der am 2. December 1868 erfolgten Zustellung der obergerichtlichen Bestätigung derselben rechtskräftig geworden; somit war die Recognoscirung der Klagebeilagen innerhalb der Hälfte der vom 2. December 1868 zu berechnenden 45tägigen Frist zur Einrede zu begehren und das erst am 5. März 1869 überreichte Gesuch um Einsicht der Originalien als verspätet zurückzuweisen.

Nr. 3404.

Convocation der Gläubiger eines Verstorbenen: Unterlassung der gerichtlichen Anmeldung einer Forderung. Einantwortung jure crediti.

Entsch. v. 5. Mai 1869, Nr. 1971 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 17. März 1868, Nr. 5509, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 16. Sept. 1868, Nr. 13731). G. Z. 1869, Nr. 64.

Die A belangte am 27. Februar 1866 die B als bedingt erklärte Erbin des am 23. Jänner 1865 verstorbenen M und dessen Notherben auf Zahlung einer Forderung von 4000 fl. nach Zulänglichkeit der Verlassenschaft. Die Geklagten bestritten die Richtigkeit der Forderung und wendeten weiter ein, daß die A, nachdem die Convocation der Gläubiger nach §. 813 a. b. G. B. stattgefunden hatte, in der zur Anmeldung der Forderungen bestimmten Frist bis 30. März 1865 ihre Forderung nicht gerichtlich angemeldet habe, und sohin der Nachlaß am 11. Mai 1866 (nach Anstellung der Klage der A) der B nach ausgewiesener Berichtigung der denselben übersteigenden Passiven, jure crediti eingeantwortet worden, daher kein Verlassenschaftsvermögen mehr vorhanden sei, und der Klägerin A, zufolge §. 814 a. b. G. B. kein Anspruch an die durch Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpfte Verlassenschaft mehr zustehe, wogegen die Klägerin sich darauf berief, daß der Geklagten sowohl vor dem Anmeldungstermine als auch nach demselben ihr Anspruch bekanntgegeben, ja von ihr fast noch drei Monate vor der Einantwortung eingeklagt und letztere daher von der B mala fide erwirkt worden sei. — Die erste Instanz wies die Klägerin ab, ohne auf die angebotenen Beweise über die Richtigkeit der Forderung selbst einzugehen. Gründe: Die Gläubiger der Verlassenschaft des M sind im Sinne des §. 813 a. b. G. B. zur Anmeldung und Darthuung ihrer Ansprüche bis 30. März 1865 aufgefordert worden, die Klägerin ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen, wie es ihre Sache gewesen wäre, und muß sich die gesetzliche Wirkung dieser Unterlassung gefallen lassen. Sie behauptet wohl, daß die Geklagte B außergerichtlich schon lange vor Ablauf des Anmeldungstermins von ihrer Forderung Kenntniß hatte, daher mit Bezahlung der angemeldeten Gläubiger ohne Rücksichtnahme auf die klägerische Forderung nicht vorgehen durfte, indem die gerichtliche Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger nur den Zweck habe, den Schuldenstand der Verlassenschaft zu erforschen, keineswegs aber den Gläubiger, bei sonstigem Eintritte der im §. 814 a. b. G. B. angedrohten Wirkung zur gerichtlichen Anmeldung zwingen könne, wenn deren Forderung den Erben ohnehin bekannt sei. Allein abgesehen davon, daß die dieser Ausführung zu Grunde liegende Voraussetzung, nämlich der Umstand, daß die Geklagten vor Ablauf des Edictaltermines wirklich von dem Anspruche der Klägerin wußten, nicht nachgewiesen wurde,

konnte auf die darauf gestützte Rechtsdeduction keine Rücksicht genommen werden. Denn bei der klaren Vorschrift der §§. 813 bis 815 a. b. G. B., §§. 133 und 135 des kaiserl. Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208, in ihrem Zusammenhange, vorzüglich auch des im obigen §. 133 bezogenen gesetzlichen Formulars V für das Edict zur Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger, welches als integrirender Bestandtheil des Pat. vom 9. August 1854 angesehen werden muß, kann kein Zweifel darüber obwalten, daß das Gesetz die gerichtliche Anmeldung der Gläubiger verlangt. Da nun ferner die Geklagten dargethan haben, daß am 11. Mai 1866 die Verlassenschaft des M der Witwe, Emilie B, als bedingt erklärter Erbin, auf Abschlag der von ihr berichtigten Passiven eingeantwortet, und diese Verlassenschaft für beendet erklärt worden ist, so haben dieselben auch mit Rücksicht darauf, daß die Klägerin ein Pfandrecht nicht besitzt, nachgewiesen, daß die Voraussetzung, an deren Eintritt das Gesetz den Verlust des bei der Verlassenschaft nicht angemeldeten Anspruches knüpft, wirklich eingetreten sei, und kann dem Umstande, daß diese Einantwortung erst am 11. Mai 1866, somit nach überreichter Klage erfolgt ist, keine Bedeutung beigelegt werden, indem die im §. 814 a. b. G. B. bestimmte gesetzliche Wirkung schon dadurch begründet wird, daß der Anspruch während des Termines gerichtlich nicht angemeldet, und die Verlassenschaft durch die gerichtlich angemeldeten Forderungen erschöpft ward. Mit dem fruchtlosen Ablaufe dieses Termines am 30. März 1865, also lange vor Ueberreichung der Klage, wären daher die Geklagten schon berechtigt gewesen, der Klägerin gegenüber für den Fall, als die Verlassenschaft durch die angemeldeten Forderungen erschöpft sich darstellte, auf die Vorschrift des §. 814 a. b. G. B. sich zu berufen, und es kann von keinem Belange sein, daß die Ueberschuldung durch eine Urkunde späteren Datums constatirt wird. — Das O. L. G. gab dem Klagebegehren statt, indem es die Forderung der A für erwiesen ansah, und der aus dem §. 813 a. b. G. B. hervorgeholten Einwendung mit Folgendem begegnete: Es ist zwar richtig, daß die Klägerin in dem Anmeldungstermine ihre Forderung gerichtlich nicht angemeldet hat. Allein abgesehen von dem Umstande, daß sie zu erweisen sich angeboten hat, daß sie die Erben noch vor Ablauf der Convocationsfrist von ihrer Forderung in Kenntniß setzen ließ, und diese bestätigten, hievon Kenntniß zu haben, daß es daher bezüglich der Forderung der Klägerin eines Convocationsedictes nach §. 813 a. b. G. B. nicht bedurfte, da dasselbe eben nur die Erforschung des Schuldenstandes der Verlassenschaft zum Zwecke hat, liegt erwiesen vor, daß die Geklagten lange vor der erwirkten Einantwortung in Kenntniß dieser Forderung waren, ja auch die Klage selbst ist lange vor der am 11. Mai 1866 ausgefertigten Einantwortungsurkunde überreicht worden, und es wäre Sache der Geklagten, zu zeigen, daß schon, ehe sie Kenntniß von der klägerischen Forderung erlangt hatten, die Verlas-

senschaft des B durch die Bezahlung der bis zum Convocationstermine angemeldeten Gläubiger erschöpft worden ist, da nach §. 814 a. b. G. B. nur in diesem Falle einem noch nicht angemeldeten Gläubiger kein Anspruch auf die Verlassenschaft mehr zusteht. Ein solcher Nachweis kann durch die, ohne Intervention der Klägerin zu Stande gekommene Einantwortungsurkunde ihr gegenüber nicht geliefert werden, da dieselbe nur auf den Anführungen der Erbin beruht, zudem die Verlassenschaft nicht den Gläubigern nach §. 73 des Patentes vom 9. August 1854 überlassen, sondern der Erbin selbst eingeantwortet wurde, sie also jedenfalls der Klägerin gegenüber nachzuweisen hat, daß die Verlassenschaft von den bis zum Convocationstermine bei Gericht angemeldeten Gläubigern durch wirkliche Zahlungsleistung an dieselben erschöpft wurde, was von den Geklagten nicht einmal versucht worden ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3405.

Rechtliche Natur einer „Darangabe".

Entsch. v. 5. Mai 1869, Nr. 2381 (Best. des das Urth. des B. G. Weitz v. 12. Juli 1868, Nr. 2347, abänd. Urth. des O. L. G. Graz v. 25. Nov. 1868, Nr. 13900). G. Z. 1869, Nr. 83.

Laut schriftlichem Vertrage, womit A dem B um 800 fl. ein Grundstück verkaufte, hat B 300 fl. „als Darangabe" baar gezahlt und sollte „ferners" 400 fl. zu Michaeli 1867 erlegen; im Falle der Nichtzahlung bis längstens Ende December 1867 sollten die 300 fl. verfallen sein und B „keinen Schadenersatz für Auslagen und Baulichkeiten" beanspruchen können. B versäumte den Zahlungstermin und wurde nun — im Mai 1868 — von A mit einer Klage belangt, worin dieser auf das Erkenntniß antrug, daß der Kaufvertrag aufgehoben, das Darangeld von 300 fl. verfallen und B zur Rückstellung des Grundstückes verpflichtet sei. Im Processe wurde nun die Frage nach der Natur der „Darangabe" streitig, welche A als Angeld nach §. 908 a. b. G. B. qualificirte, wogegen B sie als eine Conventionalstrafe bezeichnete und im Sinne des (auf den Fall noch vollständig, ohne Rücksicht auf das Gesetz vom 14. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 92, anwendbaren) §. 1336 ebendort sich zum Beweise durch Sachkundige erbot, daß der Betrag derselben übermäßig sei. Auf diesen Befund erkannte die erste Instanz und motivirte ihre mit der des Beklagten übereinstimmende Ansicht damit, daß die 300 fl. im Kaufvertrage als „Darangabe" bezeichnet sind, was mit dem gesetzlichen Ausdruck „Angeld" nicht identisch sei, sondern so viel als a conto = Zahlung bedeute, wofür auch die Fassung des darauffolgenden Artikels

der Vertragsurkunde spreche, worin B sich verpflichtet, „ferners 400 fl. zu Michaeli 1867 zu erlegen"; daß mindestens zweifelhaft sei, ob die Contrahenten mit jenem Worte ein Angeld im Sinne des §. 908 gemeint haben, weshalb dieser undeutliche Ausdruck nach §. 915 dahin interpretirt werden müsse, daß B, als Verpflichteter, sich eher die geringere, weil möglicherweise der richterlichen Ermäßigung unterliegende Last der Conventionalstrafe auferlegen wollte; daß es dem Charakter des Angeldes widerspreche, beim Kauf eines Grundstückes um 800 fl. eine Zahlung von nahezu der Hälfte des Kaufschillings als Angeld, als bloßes Zeichen des Vertragsschlusses anzusehen; daß endlich die Fassung des Kaufvertrages die Ignoranz des Redactors in Betreff der allgemeinsten Erfordernisse eines über ein Grundbuchsobject zu schließenden Kaufes, die Unfähigkeit, correct zu schreiben, und Unkenntniß der deutschen Sprache aufweise und daher schon die Unterzeichnung eines solchen Machwerks durch die Parteien entnehmen lasse, daß sie des Sinnes und der Folgen der vom Verfasser gebrauchten Worte sich nicht bewußt waren. — Das O. L. G. qualificirte die 300 fl. als Angeld und erklärte daher dieselben für verfallen. Gründe: Der erklärte Wille der Parteien, die 300 fl. als Angeld zu geben und zu empfangen, ergibt sich aus dem Vertrage, in welchem einerseits festgesetzt wurde, daß die gegebenen 300 fl. bei Nichtzahlung der Kaufschillingsrate von 400 fl. bis Ende December 1867 als verfallen anzusehen seien, und andererseits der Verkäufer A für den Fall, daß er den Vertrag nicht erfüllen sollte, sich dem B zur Zahlung des zweifachen Betrages, nämlich 600 fl., verpflichtete, Abmachungen, die nur der Natur des Angeldes (§. 908), nicht jener der Conventionalstrafe (§. 1336) entsprechen. Hiezu kommt noch die ausdrückliche Erklärung des B im Vertrag: daß er die 300 fl. sogleich baar als „Darangabe" erlege, welcher Ausdruck unter keinen anderen Paragraph des a. b. G. B. als den §. 908 subsumirt werden kann und nach dem Index zum a. b. G. B. auch als gleichbedeutend mit „Angeld" zu nehmen ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus deren Gründen.

Nr. 3406.

Besitzstörung?

Entsch. v. 5. Mai 1869, Nr. 4839 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 13. Jänner 1869, Nr. 873, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Februar 1869, Nr. 2091). G. Z. 1869, Nr. 58.

In der von A gegen den Hauseigenthümer angestellten Besitzstörungsklage machte der Kläger geltend, er habe seine Wohnung von

dem Hausinspector unter der Bedingung, daß ihm ein Schlüssel zum Hausthore übergeben werde, gemiethet. Der frühere Inhaber der Wohnung habe ihm den von ihm selbst verwendeten Thorschlüssel übergeben. Kläger habe den Schlüssel durch geraume Zeit benützt, bis der Geklagte, nachdem er Eigenthümer des Hauses geworden, das Thorschloß umändern ließ und den Kläger dadurch im Besitze seines Rechtes störte. Das Petitum lautete, zu erkennen, der Kläger habe sich durch obige Handlungsweise einer Besitzstörung schuldig gemacht, er habe sich jeder weiteren Besitzstörung zu enthalten und dem Kläger einen zum Hausthore passenden Schlüssel auszufolgen. Der Geklagte wendete ein, daß keine Besitzstörung vorliege. — Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren, welches von dem O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen wurde: Das Begehren ist nicht dem Sachverhalte entsprechend und correct gestellt; denn es handelt sich nur um den factischen Besitz des Rechtes des freien Ein- und Ausganges mit Benutzung eines eigenen Schlüssels, und Geklagter konnte sich daher der Besitzstörung nicht durch die Aenderung des Schlosses allein, sondern nur dadurch schuldig gemacht haben, daß er dem Kläger nicht gestattete, sich einen passenden Schlüssel machen zu lassen und zu benützen. Der Kläger hat sich darauf berufen, daß er die Wohnung vom Inspector unter der ausdrücklichen Bedingung gemiethet habe, daß ihm zugleich mit der Wohnung der Schlüssel des Hausthores übergeben werde. Er behauptete daher die Berechtigung auf Grund des Miethvertrages, ohne jedoch dieselbe zu beweisen. Hätte er aber den Beweis auch erbracht, so könnte Kläger sein allfälliges Recht, da es sich um die Ausübung vertragsmäßiger Rechte und um Auslegung des Vertrages zwischen den vertragschließenden Parteien selbst handelt, nur im ordentlichen Rechtswege zur Geltung bringen. Allein auch davon abgesehen, erscheint nach der Angabe des Klägers, daß der Inspector ihm vertragsmäßig das Recht des freien Ein- und Ausganges mittelst eines Schlüssels eingeräumt hat, die Benützung eines Schlüssels von Seite des Klägers jedenfalls nur als eine freiwillig geduldete, welche von dem Geklagten als Hauseigenthümer in jedem Augenblicke widerrufen und eingestellt werden darf, und der von dem Kläger behauptete Besitz vielmehr als angemaßt und unecht, auf dessen Schutz durch den Richter er keinen Anspruch hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstrichterliche Erkenntniß in Erwägung, daß es im summarischen Verfahren über Besitzstörungsstreitigkeiten nach §. 5 der kaiserl. Verordn. vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 nur auf den letzten factischen Besitzstand und dessen erfolgte Störung ankommt; daß zugestandenermaßen Kläger im Besitze eines Thorschlüssels des von ihm bewohnten Hauses war, und damit den freien Aus- und Eingang übte; daß dieser Besitz ohne Zweifel dadurch gestört wurde, daß der Geklagte ein neues Hausthorschloß machen ließ und dem Kläger die Ausfolgung eines auf Kosten

des Letztern anzufertigenden Schlüssels verweigerte; daß es sich bei summarischen Besitzstörungsstreiten nur um den letzten factischen Besitz, nicht aber um dessen Rechtmäßigkeit handelt; daß der Geklagte gar keine Beweise für die behauptete Unechtheit des Besitzes des Klägers geliefert oder angeboten hat, indem sein Besitz deshalb nicht unecht ist, weil er den Schlüssel nicht von dem Hauseigenthümer oder Hausbesorger, sondern von der früheren Miethpartei erhalten und mit Vorwissen des Hausmeisters benützt hat.

Nr. 3407.

Gewährung eines Armenvertreters im Falle der Unmöglichkeit der Selbstvertretung wegen Entfernung vom Gerichtssitze.

Entsch. v. 5. Mai 1869, Nr. 4980 (Best. des Decr. des O. L. G. Wien v. 7. April 1869, Nr. 5715). G. Z. 1869, Nr. 91.

Zur Führung des Paternitätsprocesses gegen den in Amstetten wohnhaften Vater des unehelichen Kindes A, dessen vermögenslose Mutter in Wien und dessen Vormund in Linz wohnt, wurde bei der n. ö. Advocatenkammer um die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters angesucht, allein von der Advocatenkammer nach §. 16, Abs. 2 der Advoc.-Ordn. v 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 verweigert, weil für den gegebenen Fall die Vertretung durch einen Advocaten von dem Gesetze nicht vorgeschrieben sei.

Der oberste Gerichtshof bewilligte das Gesuch. Gründe: Durch die Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, ist an den Vorschriften über die Art der Verhandlung und der Vertretung dabei nichts geändert worden, also auch nicht an der im §. 17 der a. G. O. dem Kläger eingeräumten Befugniß, die Klage mündlich oder schriftlich anzubringen; im vorliegenden Falle ist aber die als Kläger auftretende Partei zu letzterem genöthigt, und kann auch nicht persönlich verhandeln, da die Mutter des Kindes, eine vermögenblose Dienstmagd in Wien, der zur Vertretung des Kindes aber zunächst berufene Vormund in Linz wohnhaft ist, der Rechtsstreit jedoch in Amstetten, welches von Wien circa 16, von Linz aber bei 9 Meilen entfernt liegt, geführt werden muß. Bei Verweigerung des unentgeltlichen Vertreters würde das minderjährige Kind ganz schutz- und rechtlos sein, da weder es selbst, noch seine Mutter Vermögen besitzen, und dem Vormunde in keinem Falle zugemuthet werden könnte, die Kosten der Streitführung bei einem von seinem Wohnorte entlegenen Gerichte aus Eigenem zu bestreiten.

Nr. 3408.

Fortdauer der gerichtlichen Expensenbestimmung bis zum Zustandekommen des im §. 17 der Advocatenordnung in Aussicht gestellten Tarifes.

Entsch. v. 5. Mai 1869, Nr. 5055 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Frankenmarkt v. 18. Februar 1869, Nr. 744 und des O. L. G. Wien v. 17. März 1869, Nr. 4989). G. Z. 1869, Nr. 45, G. H. 1869, S. 200.

Das Gesuch eines Advocaten um gerichtliche Bestimmung des Verdienstes und der Expensen für die Vertretung einer Partei wurde von beiden Untergerichten mit Berufung auf Art. II, §§. 17 und 19 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 als unzulässig abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verordnete jedoch die Annahme und aufrechte Erledigung des Gesuches, — weil, so lange der im §. 17 der Advoc.-Ordn. in Aussicht gestellte Tarif nicht erschienen und in Wirksamkeit getreten ist, die Feststellung der Auslagen und des Verdienstes der Advocaten noch nach den bisherigen Gesetzen, also nach dem Hofdcr. vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, zu geschehen hat.

Nr. 3409.

Zulässigkeit der Executionsführung ungeachtet der eingeleiteten Gläubigerconvocation.

Entsch. v. 11. Mai 1869, Nr. 4994 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Ludiz v. 31. Jänner 1869, Nr. 612 und des O. L. G. Prag v. 15. März 1869, Nr. 9172). G. Z. 1869, Nr. 93.

A hatte wider die Verlassenschaft des M bei einem Handelsgerichte die Execution des Mobiliarvermögens erwirkt, deren Vollzug vom Abhandlungsgericht aus einem nicht hieher gehörigen Grund abgelehnt wurde. — Auch das O. L. G. erklärte die Vollziehung der Execution für unzulässig und zwar deshalb, weil auf Ansuchen der Erbin B noch vor der Ablehnung die Einberufung der Nachlaßgläubiger mit der Rechtsfolge der §§. 813 und 814 a. b. G. B. erlassen worden war.

Der oberste Gerichtshof verordnete den Vollzug der Execution. Gründe: Die schwebende Convocation der Gläubiger steht der Execution nicht entgegen. Nach §. 547 a. b. G. B. stellt der Erbe, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor, und werden beide in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

Nach §. 811 sind die Gläubiger nicht schuldig, eine Erbserklärung abzuwarten; sie können ihre Ansprüche wider die Masse anbringen, und ihre Forderungen gegen einen für dieselbe zu bestellenden Curator ausführen. Die Rechte der Gläubiger erleiden daher durch den Tod des Schuldners keine Veränderung. Nach §. 301 a. G. O. steht es in der Willkür des Gläubigers, nach Verfließung der in dem richterlichen Spruche bestimmten Frist die Execution anzusuchen, und nach §. 353 a. G. O. ist einem Stillstande nicht mehr stattzugeben. Wäre der Erblasser noch am Leben, so würde er dem Gläubiger nicht entgegensetzen können, daß er noch nicht wisse, ob er alle seine Gläubiger werde befriedigen können. Die Einberufung der Gläubiger nach §. 813 a. b. G. B. ist mit einem Concurse nicht zu verwechseln, steht im Ermessen des Erben oder des Verlassenschaftscurators, und ist zunächst und unmittelbar zum Schutze des Erben eingeführt, damit er nicht durch voreilige Befriedigung einiger sich eben meldenden Gläubiger gegen spätere in Haftung aus eigenem Vermögen komme, schützt aber die Gläubiger mittelbar gegen unredliche Einverständnisse. Dieses Gesetz verbietet dem Gläubiger nicht, die Execution zu führen, und kann daher seine Wirkung nur dann äußern, wenn der Erbe oder Verlassenschaftscurator die außergerichtlich sich meldenden Gläubiger befriedigen wollte, nicht aber auch dann, wenn die Gläubiger im Executionswege ihre Befriedigung suchen. Die Gläubigerconvocation hat nach §. 814 a. b. G. B. gegen die sich nicht meldenden Gläubiger nur die im §. 814 ausgedrückte Folge, daß ihnen, wenn die Verlassenschaft durch die angemeldeten Forderungen erschöpft wird, kein weiterer Anspruch zusteht, als insofern ihnen ein Pfandrecht zusteht. Hieraus aber, so wie aus §. 811, daß für ihre Sicherstellung und Befriedigung vom Gerichte nicht gesorgt wird, folgt, daß, wenn sie innerhalb des Convocationstermines ihre Sicherstellung und Befriedigung mittelst eines Executionsgesuches selbst verlangen, auch vom Gerichte kein Hinderniß entgegengestellt werden darf.

Nr. 3410.

Beweis zum ewigen Gedächtniß: Entbehrlichkeit der Versiegelung der Protokolle des Zeugenverhöres, auch bei noch bevorstehendem Kunstbefund.

Entsch. v. 11. Mai 1869, Nr. 5200 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Salzburg v. 30. Jänner 1869, Nr. 304 und des O. L. G. Wien v. 17. Februar 1869, Nr. 3375). G. Z. 1869, Nr. 91.

In einer Rechtssache war auf Ansuchen des Klägers der Beweis zum ewigen Gedächtniß durch Zeugen und Sachverständige zugelassen und der Geklagte zur Einlegung der Fragestücke aufgefordert worden.

Dieser kam jedoch der Aufforderung nicht nach; die Zeugen wurden vernommen und die einstweilige Versiegelung und Hinterlegung der Zeugenverhörsprotokolle beschlossen. Darauf bat Kläger um Ausfolgung von Abschriften der Zeugenverhörsprotokolle und wurde abgewiesen, weil der Beschluß der Versiegelung schon geschöpft war und das Beweisverfahren vor der Aufnahme des Sachbefundes noch nicht vollendet sei. — Das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid.

Der oberste Gerichtshof hat mit Abänderung der untergerichtlichen Entscheidungen und mit Aufhebung des erstgerichtlichen Beschlusses, womit die Versiegelung und Hinterlegung der gepflogenen Zeugenvernehmungen verfügt wurde, das Gesuch des Klägers um Ausfolgung von Abschriften der Zeugenverhörsprotokolle bewilligt, weil das Recht des Geklagten zur Stellung besonderer Fragestücke, nachdem er ungeachtet der an ihn ergangenen Aufforderung dieselben nicht eingelegt hatte, erloschen ist, sämmtliche in den Weisartikeln genannten Zeugen abgehört sind, und der Beweis durch Sachverständige ein von dem Zeugenbeweise ganz verschiedener Beweis und davon zu trennen ist, somit der Fall der Versiegelung und Hinterlegung der Zeugenverhörsprotokolle nach den §§. 243 und 253 der westg. G. O. und Hofdecrete vom 15. Oct. 1802, J. G. S. Nr. 579, Abs. 2, nicht vorhanden war und kein Anstand obwaltet die verlangten Abschriften auszufolgen.

Nr. 3411.

Zeitpunkt der Geltendmachung der Incompetenz des Handelsgerichtes in einer summarisch verhandelten Rechtssache.

Entsch. v. 12. Mai 1869, Nr. 2001 (Best. des das Urth. des H. G. Prag v. 8. Oct. 1868, Nr. 43092, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 15. Dec. 1868, Nr. 27659). G. H. 1869, S. 221 und 1870, S. 5.

Die mündliche Verhandlung des von A gegen B pto. Zahlung von 59 fl. für gelieferte Waaren beim H. G. in Prag anhängig gemachten Rechtsstreits wurde einverständlich mehrmals vertagt. Als es nun zur Verhandlung kam, wendete der Beklagte in der Einrede zuvörderst die Incompetenz des angerufenen H. G. ein, weil der zum Grunde liegende Kauf weder objectiv noch subjectiv ein Handelsgeschäft gewesen sei. — Das H. G. verwarf diese Einwendung und erkannte in merito: „Die Einwendung der Incompetenz müsse auch im summarischen Verfahren schon bei der ersten Tagfahrt vorgebracht werden; denn die Frage der Incompetenz sei präjudiciell für jedes weitere Verfahren, indem es nicht angehe, wenn ein bestimmtes Gericht bereits längst als competent anerkannt wurde und das Gericht selbst sich als competent betrachtet, die Einwendung seiner Unzuständigkeit noch anzuregen. Dem stehe auch nicht die Bestimmung der §§. 25 und 26

des Gesetzes über den Summarproceß im Wege, weil dadurch nur die abgesonderte Verhandlung und Entscheidung über die Competenzfrage — im Gegensatz zum ordentlichen und schriftlichen Verfahren — ausgeschlossen sei."

Der oberste Gerichtshof erklärte mit dem O. L. G. die Einwendung der Incompetenz für rechtzeitig vorgebracht, aus folgenden Gründen: a) Für das summarische Verfahren enthält der §. 25 des Hofdcr. vom 24. Oct. 1845, J. G. S. Nr. 906 die ausdrückliche Bestimmung, daß der Beklagte alle Einwendungen in der Einrede anzubringen hat, und da in dem Ausdruck „alle" auch die Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit eingeschlossen ist, muß dieselbe schon bei der ersten Tagfahrt, zu welcher beide Theile erschienen, nur dann vorgebracht werden, wenn bei derselben auch wirklich die Einrede erstattet wird, welcher Fall aber hier nicht eintrat, indem der Beklagte seine Einrede erst bei einer späteren Tagfahrt zu Protokoll gegeben und mit der Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit begonnen hat, weshalb die letztere im Sinn des citirten §. 25 des Gesetzes über den Summarproceß sich als rechtzeitig angebracht darstellt. b) Auch ist die Annahme ganz unrichtig, daß der Beklagte durch sein Erscheinen bei den früheren Tagsatzungen, bei denen die Parteien auf den Gegenstand insoferne schon eingegangen sind, als sie die Erstreckung der Verhandlung vereinbart haben, sich der Gerichtsbarkeit des Prager H. G. bereits stillschweigend und factisch unterworfen habe; denn der Beklagte ist zur Provocation eines Causalgerichtsstandes an Stelle des Personalgerichtsstandes gar nicht berechtigt gewesen und es wäre daher dieselbe, weil gesetzlich unstatthaft, auch ganz wirkungslos.

Nr. 3412.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte von dem der kirchlichen Behörden in Ansehung des Rechtes an Kirchenstühlen.

Entsch. v. 12. Mai 1869, Nr. 5208 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 10. Sept. 1868, Nr. 2872). G. Z. 1869, Nr. 70.

A, Besitzer einer ihm im Executionswege eingeantworteten Liegenschaft, machte mittelst Klage gegen den B das ausschließliche Besitz- und Benützungsrecht an drei Kirchenstuhlplätzen in der Kirche zu X geltend, indem er dieses Recht als ein Zugehör der erwähnten Liegenschaft bezeichnete. Der Beklagte wendete vor allem die Incompetenz des Gerichtes ein mit Berufung auf den Erlaß des Cultusministeriums vom 29. Juni 1860, Nr. 9388 (kundgemacht mit Circular der tirolischen Statthalterei vom 17. Juli 1860, L. G. Bl. Nr. 43), wonach Strei-

tigkeiten über das Eigenthum von Kirchenstühlen vor den geistlichen Behörden auszutragen seien. Nach durchgeführtem Proceß wurde die Sache von der ersten Instanz gemäß Hofdcr. vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669 dem O. L. G. vorgelegt, welches auf Grund des citirten Ministerialerlasses das Verfahren aufhob und die Zurückstellung der Klage wegen Incompetenz des Gerichtes verordnete.

Auf den gegen diese Verordnung ergriffenen Recurs des Klägers hat der oberste Gerichtshof die Ansicht des Ministeriums für Cultus und Unterricht eingeholt und sodann mit Aufhebung der obergerichtlichen Verordnung der ersten Instanz die meritorische Entscheidung des Processes aufgetragen. Die oberstgerichtliche Entscheidung beruht auf der genau mit den Ausführungen des Cultusministeriums übereinstimmenden Erwägung, daß der Fall, worauf der oben citirte Ministerialerlaß vom 29. Juni 1860, Nr. 9388 sich bezieht, im vorliegenden Rechtsstreit nicht eintritt, da es sich hier weder um Regelung directer Beziehungen der Streittheile zur geistlichen Behörde, noch um Anforderungen, die in Betreff der fraglichen Kirchenstühle gegen die Verwaltung der Kirche zu X auf Grund einer speciellen Einrichtung dieser letzteren gestellt werden, sondern um die Durchsetzung des privatrechtlichen Titels (executiver Einantwortung) zum ausschließlichen Besitz und ausschließlicher Benützung von Kirchenstuhlplätzen zwischen Privatpersonen handelt, und daß die Kirchenbehörde durch den Ausgang dieses Processes weder vom Standpunkt der erwähnten speciellen Einrichtung, noch im Allgemeinen wegen der Natur und des Zusammenhanges des Rechts zum Besitz und zur Benützung bestimmter Kirchenstühle mit der Kirche und der gottesdienstlichen Disciplin berührt wird.

Nr. 3413.

Anspruch auf Ersatz des ganzen Schadens gegen eine Versicherungsgesellschaft trotz mehrseitiger Versicherung.

Entsch. v. 13. Mai 1869, Nr. 4801 (Best. des das Urth. des B. G. Neuhofen v. 30. Sept. 1868, Nr. 160, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 4. Februar 1869, Nr. 2124). G. Z. 1869, Nr. 81.

Der bei dem Feuerversicherungsverein B mit seinem Haus versicherte A, welchem dasselbe abgebrannt war, belangte den Verein auf den Ersatz des durch die Schätzung des Vorstandes der Ortsgemeinde auf 1283 fl. veranschlagten Brandschadens. Der beklagte Verein wendete dagegen ein, daß diese Schätzung nicht richtig sei, indem eine zweite von dem Verein veranlaßte Schätzung, zu welcher laut seiner Fertigung auf dem diesfälligen Protokoll auch der Kläger zugezogen wurde, einen Schaden von nur 838 fl. ergeben habe, wovon nur die Hälfte

den Verein treffe, weil Kläger noch bei einer anderen Gesellschaft versichert war, was er, als er den Versicherungsbetrag verlangte, verschwiegen habe. — In erster Instanz wurde das Klagebegehren abgewiesen; das O. L. G. gab demselben statt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Der geklagte Feuerversicherungsverein kann nicht in Abrede stellen, daß der Kläger ein Mitglied desselben sei, daß er ohne sein Verschulden einen Brandschaden erlitt und daher vom Vereine die statutengemäße Vergütung ansprechen könne. Die Einwendungen des Vereines sind nur gegen die Höhe der Ansprüche des Klägers gerichtet, allein unbegründet. 1. Die §§. 11 und 12 der Vereinsstatuten lassen in ihrem Zusammenhange keinen Zweifel übrig, daß nicht der Verein, sondern die Gemeindevorstehung den Brandschaden auszumitteln hat, und daß der Verein der Ausmittlung des Vergütungsbetrages die Schätzung der Gemeinde zu Grunde zu legen hat. Kläger war berechtigt, seine Entschädigung auf Grundlage der von der Gemeindevorstehung gepflogenen Schadenerhebung zu verlangen, und in dem Umstande, daß er auch das Protokoll über die von dem Vereine veranlaßte Schätzung unterschrieb, kann keine Verzichtleistung auf obiges Recht erblickt werden. 2. Weder die rechtliche Natur des Versicherungsvertrages, noch das positive Gesetz, noch die speciellen Vereinsstatuten berechtigen den geklagten Verein zum Verlangen, daß er nur einen Theil der ihm obliegenden Entschädigung zu tragen habe, weil der Kläger auch bei einer zweiten Assecuranz versichert war. Jeder Compaciscent muß, wo nicht Gesetz oder Vertrag ausdrücklich eine Ausnahme machen, seinen Vertrag halten, die daraus hervorgehenden Verpflichtungen erfüllen, ohne sich auf Verträge und Rechte berufen zu können, welche sein Compaciscent mit Anderen geschlossen, gegen Andere erworben hat. Der geklagte Verein hat weder nachgewiesen, noch nachzuweisen sich erboten, daß Kläger einen theilweisen Ersatz seines Schadens aus einer anderen Versicherungsanstalt bereits erhalten habe oder erhalten müsse, und aus den vom geklagten Vereine gelegten Beilagen geht hervor, daß der Verein nur subsidiarisch den Brandschaden vergütet. Der geklagte Verein gesteht selbst, daß seine Statuten keine Beschränkung der Ersatzansprüche für den Fall enthalten, als der Versicherte auch bei einem zweiten Vereine versichert sei, ja der §. 15 der Statuten enthält ausdrücklich die Gestattung einer solchen mehrseitigen Versicherung. Die Ansprüche des Klägers sind daher ihrem Umfange nach im Gesetze, in der rechtlichen Natur des Versicherungsvertrages und in den speciellen Vereinsstatuten gegründet, weshalb das dieselben zuerkennende oberlandesgerichtliche Urtheil bestätigt wurde.

Nr. 3414.

Unzulässigkeit der Rückschiebung des dem Curator nach §. 37 des Gesetzes über das summarische Verfahren aufgetragenen Eides unter Abänderung der gesetzlichen Formel.

Entsch. v. 13. Mai 1869, Nr. 686 (Best. des das Urth. des L. G. Lemberg v. 3. Juni 1868, Nr. 19790, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 2. Sept. 1868, Nr. 23312). G. Z. 1869, Nr. 104.

Der Wechselinhaber A belangte den B als Erben des Acceptanten, und den Aussteller und Giranten C, welcher unbekannten Aufenthaltes und deshalb durch einen Curator vertreten war, auf Zahlung der Wechselsumme. Beide Geklagte setzten der Klage nur den Widerspruch der Echtheit der Unterschrift des Acceptanten und des Ausstellers C entgegen, weshalb der Kläger A ihnen den Haupteid auftrug, und zwar dem B dahin, daß das Accept weder von dem Erblasser selbst, noch von einem Dritten mit seiner Beistimmung geschrieben worden sei; dem Curator des C aber, daß er dessen Unterschrift nach seinem besten Wissen für unecht halte. Dagegen erwiderte B, daß auch ihm, da er nicht Aussteller des Acceptes sei, der Eid nur dahin aufgetragen werden könne, daß er die Fertigung seines Erblassers — des Acceptanten — nach seinem besten Wissen für unecht halte; der Curator schob jedoch den ihm deferirten Haupteid in der Weise zurück, daß der Kläger schwöre, daß C den Wechsel gefertigt habe. Dagegen berief der Kläger sich darauf, daß B als Erbe und im eigenen Namen Proceß führe, daher demselben bezüglich des Echtheiteides nicht die im §. 37 des Gesetzes über den summarischen Proceß den Curatoren und sonstigen Vertretern zugestandenen Begünstigungen zukommen; dann daß er, als Indossatar des Wechsels, zur Beschwörung der Echtheit desselben nicht gezwungen werden könne. — Die erste Instanz hat die gegen B erlassene Zahlungsauflage aufgehoben und die Giltigkeit derselben gegen C davon abhängig gemacht, daß der Kläger A schwöre, den Wechsel für echt zu halten. Gründe: 1. Bezüglich des B: Der demselben unrückschiebbar aufgetragene Haupteid, daß der Erblasser den Wechsel weder selbst, noch mit seiner Zustimmung ein Dritter gefertigt habe, ist unzulässig, da der Geklagte B dagegen protestirt, selbst weder Aussteller noch Acceptant des Wechsels ist und nur in der Eigenschaft eines Erben des Acceptanten auftritt, daher ihm eine Beweislast — von der ihn die Bestimmung des §. 37 des Gesetzes über das Summarverfahren befreit — nicht aufgebürdet werden kann. 2. Was den C betrifft, so hat dessen Curator den ihm gemäß dieses §. 37 aufgetragenen Haupteid zurückgeschoben. Da Kläger keine stichhältigen Gründe der Unzurückschiebbarkeit anführt, ja als Erwerber des Wechsels Ursache gehabt hat, über die Echtheit der Unterschriften auf dem zu erwerbenden Wechsel Erkundigungen einzuholen,

so wird auf den zurückgeschobenen Haupteid erkannt, welchen aber der Kläger ganz nach derselben Formel, wie der Eid aufgetragen wurde, negativ abzuschwören haben wird, wie dies die allgemeinen Grundsätze über die Beweisführung durch den Haupteid gebieten; weshalb auf das mit jenen Grundsätzen nicht im Einklange stehende Vorbringen des Curators keine Rücksicht genommen werden kann. — Das O. L. G. hielt die Zahlungsauflage wider beide Geklagten für den Fall aufrecht, als weder B noch der Curator des C den Eid dahin ablegen, daß sie die Unterschriften, nämlich B jene des Acceptanten, der Curator aber jene des C nach bestem Wissen für unecht halten. Gründe: Der nach dem §. 37 des Gesetzes über den summarischen Proceß aufgetragene Haupteid muß unzurückschiebbar zugelassen werden, weil der Kläger in diesen Streit als Giratar eintritt, somit seine Anführung, daß er den Eid im Rückschiebungsfalle nicht schwören könnte, gerechtfertigt erscheint. Da ferner dieser Eid dem B als Erben des Acceptanten und dem Curator des C aufgetragen ist, so können diese Eidesdelaten, da sie nicht Aussteller des Klagewechsels sind, im Sinne der obbezogenen Gesetzesvorschrift zur Ablegung des Eides nur nach der Formel: daß sie die respectiven Unterschriften nach ihrem besten Wissen für unecht halten, verurtheilt werden. Diesem steht nicht entgegen, daß der Curator in der Duplik den ihm aufgetragenen Haupteid dem Kläger zurückgeschoben hat; denn die Beurtheilung, ob in dem gegeben Falle der Rückschiebung stattzugeben sei oder nicht, steht nach §. 37, in Verbindung mit §. 36 des Gesetzes über das Summarverfahren dem Richter zu. Auch kann man bei der Würdigung der Zulässigkeit dieser Beweisführung darauf kein Gewicht legen, daß der Kläger für den Geklagten B die im ersten Satz des §. 37 des Gesetzes über das Summarverfahren bezeichnete Eidesformel in Antrag gebracht hat, diese aber im gegebenen Falle nicht angewendet werden kann; denn dadurch ist die Anwendung der für den vorliegenden Fall vorgeschriebenen Eidesformel, daß er die Unterschrift des Acceptanten für unecht halte, nicht ausgeschlossen, worüber um so weniger ein Zweifel obwalten kann, als B in der Duplik ausdrücklich erklärte, daß er bereit sei, den Eid in dieser gesetzlichen Form zu leisten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. aus folgenden Gründen: Da die Verbindlichkeit beider Geklagten zur Zahlung der eingeklagten Wechselsumme nach Art. 8, 23, 75 und 76 Wechselordnung von dem Beweise der Echtheit der Unterschriften abhängt, so wurde vom O. L. G. mit Recht die Verbindlichkeit eines jeden der Belangten zur Zahlung von dem Gelingen des Beweises über die Echtheit der bezüglichen Unterschrift zu Gunsten des Klägers abhängig gemacht. In dieser Beziehung entspricht die Formel des abzulegenden Haupteides der Vorschrift des §. 37 des Hofdcr. vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906. Der Curator des C hat zwar den ihm aufgetragenen Haupteid zurückgeschoben, aber nicht in

jener Form, in welcher derselbe aufgetragen wurde. Der aufgetragene Hauptеid erscheint daher nicht zurückgeschoben, und konnte daher nach §. 36 des Hofdcr. vom 24. October 1845, Nr. 906, nur auf den Eid des Curators, dem er aufgetragen wurde, erkannt werden.

Nr. 3415.

Immobiliarexecution: Rechtskraft der die ersten zwei Grade bewilligenden Bescheide.

Entsch. v. 19. Mai 1869, Nr. 5437 (Best. des Decr. des B. G. Karbitz vom 19. Nov. 1868, Nr. 6479, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 2. März 1869, Nr. 1747). G. Z. 1869, Nr. 95.

Durch gefällsamtliche Urtheile der ersten und zweiten Instanz waren B, Vater und Sohn, zu verschiedenen Geldstrafen theils einzeln, theils gemeinschaftlich im Gesammtbetrage von 200 fl. verurtheilt, vom Aerar die executive Einverleibung des Pfandrechtes für die gesammten 200 fl. auf die Realität des B, Vaters, dann die executive Schätzung derselben, endlich auch in erster Instanz die Bewilligung der executiven Feilbietung erwirkt worden. Nun erst ergriff B, Vater, welcher die Bewilligung der Einverleibung und der Schätzung, so wie die Vornahme der letzteren nicht beanständet hatte, den Recurs gegen die Bewilligung des Feilbietungsgesuches, weil keinesfalls ihn die ganzen 200 fl. treffen. — Das O. L. G. ließ sich auf die Prüfung der gefällsamtlichen Erkenntnisse ein, fand, daß B, Vater, nur für 40 fl. solidarisch mit seinem Sohne hafte und bewilligte nur für 40 fl. (statt 200 fl.) die von der Finanzprocuratur begehrte Immobilienfeilbietung, weil die vorausgegangene Ertheilung des Pfandrechts und Bewilligung der Schätzung für die vollen 200 fl., in Ansehung des Theilbetrages von 160 fl. auf eine unrichtige Auffassung der gefällsamtlichen Erkenntnisse zurückzuführen seien.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil der erste und zweite Executionsgrad rechtskräftig bewilligt und vollzogen ist, und nach §. 326 a. G. O., wenn die beiden früheren Executionsgrade rechtskräftig bewilligt und vollzogen worden sind, der dritte Executionsgrad bewilligt werden muß und eine Anfechtung des ersten Executionsgrades durch Recurs nicht mehr zulässig ist.

Nr. 3416.

Hypothekarklage zur Einbringung einer Wechselforderung: Competenz des Real-, nicht des Causalgerichtes.

Entsch. v 19. Mai 1869, Nr. 5523 (Best. des das Decr. des B. G. Mödling v. 25. Jänner 1869, Nr. 538, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 24. Februar 1869, Nr. 3883). G. Z. 1869, Nr. 80.

Die bei dem Realgericht angebrachte Hypothekarklage des A gegen B als dritten Besitzer der dem A von C für eine Wechselforderung verpfändeten Liegenschaft wurde in erster Instanz a limine zurückgewiesen, weil der Klage ein Wechsel zum Grunde liege, Wechselklagen aber nach §. 60 der J. N. bei dem H. G. anzubringen seien.
Das O. L. G. und der oberste Gerichtshof entschieden, daß die Klage nicht die Forderung, sondern die Hypothek zum Gegenstand habe, mithin die Zuständigkeit der Realinstanz durch die §§. 52 und 56 der J. N. begründet sei.

Nr. 3417.

Abgrenzung des streitigen Verfahrens vom nichtstreitigen: Gesuch um Pränotation des Eigenthumes eines Hauses auf Grund eines undeutlichen Codicilles.

Entsch. v. 19. Mai 1869, Nr. 5526 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 15. Jänner 1869, Nr. 1180, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 17. März 1869, Nr. 5337). G. Z. 1869, Nr. 79.

Nr. 3418.

Uebernahme der Bezahlung einer Satzpost durch den Käufer: Wirkung zu Gunsten des Satzgläubigers?

Entsch. v. 20. Mai 1869, Nr. 5524 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 22. Jänner 1869, Nr. 59435 und des O. L. G Wien v. 17. März 1869, Nr. 5335). G. Z. 1869, Nr. 82.

B hatte von C ein Haus gekauft und hiebei eine auf dem Hause zu Gunsten des A haftende Satzpost zur Selbstzahlung übernommen. Nach eingetretener Fälligkeit der Forderung belangte A den B auf die Zahlung und es wurde vom Gericht erster Instanz dem Begehren des A gemäß gegen B der Auftrag zur Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution erlassen und zugleich die Execution zur Sicherstellung des eingeklagten Betrages mittelst Pfändung, Sperre,

Transferirung und Schätzung des gesammten beweglichen Vermögens des B bewilligt, weil der Beklagte die Satzforderung zur Selbstzahlung übernommen hatte. — Das O. L. G. bestätigte den erstrichterlichen Bescheid.

Der oberste Gerichtshof hat dem B die Zahlung mit Beschränkung der angedrohten Execution auf die Hypothek aufgetragen und das Begehren des Klägers um Execution zur Sicherstellung mittelst Pfändung und Schätzung des beweglichen Vermögens abgewiesen — in Erwägung, daß B durch den mit C über das fragliche Haus abgeschlossenen Kaufvertrag nur dem Verkäufer C gegenüber hinsichtlich des bedungenen Kaufpreises in ein persönliches Schuldverhältniß getreten ist und, indem er sämmtliche, auf dem Hause intabulirte Schulden — worunter die Forderung des A — auf Abschlag des Kaufpreises zur Selbstzahlung übernahm, nur mit dem Verkäufer die Art der Zahlung des Kaufschillings geordnet, keineswegs aber den an dem Kaufvertrage nicht betheiligten Satzgläubigern gegenüber in Absicht auf die für dieselben auf dem Hause haftenden Satzposten in ein anderes als in das Verhältniß eines Hypothekarschuldners getreten ist und eine persönliche Haftung für diese Schuldposten in keiner Weise übernommen hat.

Nr. 3419.

Collision von Erbserklärungen: Bedenklichkeit der Unterschrift des Testators. Unterfertigung der Zeugen ohne dem Beisatz: „des letzten Willens“.

Entsch. v. 21. Mai 1869, Nr. 5439 (Best. des das Decr. des L. G. Leitmeritz v. 18. Jänner 1869, Nr. 196, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 2. März 1869, Nr. 7248). G. H. 1869, S. 292. Zeitschr. f. d. Notariat 1871, Nr. 20.

Bei der wegen Collision der Erbserklärungen ex lege mit jenen ex testamento nach §. 125 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 abgehaltenen Tagfahrt bestritten die Intestaterben die Echtheit der Unterschrift der Erblasserin M mit Berufung auf bei Gericht liegende Urkunden, die ganz andere Schriftzüge als jene ihrer angeblichen Unterschrift auf dem Testamente trügen (allein den Acten nicht beigeschlossen werden konnten), und beanständeten das allographe Testament auch wegen Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten, weil die drei Zeugen nur als „erbetene Zeugen“, nicht als Zeugen „des letzten Willens“ (§. 579 a. b. G. B.) sich unterschrieben hatten. In Erledigung dieser Verhandlung hat das Abhandlungsgericht nach dem Wortlaut des §. 126 des citirten Gesetzes die Testamentserben zur Erbrechtsklage gegen die Intestaterben verwiesen.

Der oberste Gerichtshof traf die entgegengesetzte Entscheidung in Erwägung, daß das Testament mit allen äußeren Förmlichkeiten versehen erscheint, insofern wenigstens vorläufig nicht zu bezweifeln ist, daß die unterschriebenen drei Zeugen gewußt haben, daß sie einen letzten Willen der M unterschrieben, wenn sie auch den Beisatz (Zeugen) „des letzten Willens" nicht gemacht haben; daß es in der Natur der Sache gegründet ist, daß derjenige Erbansprecher als Kläger aufzutreten hat, dessen Titel erst dann zur Rechtswirkung gelangt, wenn der Titel des Andern beseitigt ist; daß endlich ein letzter Wille im Sinne des citirten §. 126 nicht schon durch den einfachen Widerspruch gegen dessen Giltigkeit, sondern erst durch den Nachweis der Wahrscheinlichkeit der Ungiltigkeit, der aber hier nicht vorliegt, als bestritten angesehen werden kann.

Nr. 3420.

Objective Klagenhäufung: Urkundlich nachgewiesene Zustimmung der Beklagten.

Entsch. v. 21. Mai 1869, Nr. 5527 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Neubau in Wien v. 9. April 1869, Nr. 5808 und des O. L. G. Wien v. 21. April 1869, Nr. 7648). G. Z. 1870, Nr. 56. G. H. 1869, S. 238.

A klagte gegen eine Verlassenschaftsmasse des B auf Zahlung der Beträge von 84 fl., 41 fl., 107 und 91 fl., welche er aus verschiedenen Rechtstiteln zu fordern hatte. Die Klage war von dem Vertreter der Verlassenschaft mit dem Beisatze unterfertigt, daß er mit der Cumulirung einverstanden sei. Beide Untergerichte haben mit Berufung auf die Vorschrift des §. 4 der a. G. O. und des Hofdcr. vom 27. September 1792, J. G. S. Nr. 53 die Klage zur Trennung der Klagebegehren zurückgestellt, indem von der gesetzlichen Vorschrift, daß verschiedene Gegenstände der Rechtsführung mit einander nicht vermengt werden dürfen, selbst bei dem Einverständnisse des Gegners nicht Umgang genommen werden könne.

Der oberste Gerichtshof verordnete die Annahme der Klage, weil der Beklagte mit der Cumulirung sich einverstanden erklärt hat.

Nr. 3421.

Vernichtung der Feilbietung wegen unterbliebener Verständigung eines nach der Bewilligung, aber vor der Vornahme der Feilbietung eingetragenen Pfandgläubigers.

Entsch. v. 25. Mai 1869, Nr. 5611 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Gmunden v. 12. Februar 1869, Nr. 944 und des O. L. G. Wien v. 31. März 1869, Nr. 6083). G. Z. 1869, Nr. 96.

In der Zeit zwischen der Bewilligung und der Vornahme einer executiven Immobilienfeilbietung erwarb A das grundbücherliche Pfand-

recht. Nach vollzogener Versteigerung wurde die Tagfahrt zur Vertheilung des Meistgebots anberaumt. Gegen diesen Tagsatzungsbescheid recurrirte nun A und begehrte die Aufhebung der Feilbietung, weil er von der Ausschreibung derselben nicht verständigt worden war. — Das O. L. G. verwarf den Recurs, weil die executive Feilbietung bereits am 28. December 1868 bewilligt, Recurrent aber erst in Folge seines am 4. Jänner 1869 überreichten Gesuches Tabulargläubiger der exequirten Realität geworden ist, mithin, da eine Verpflichtung des Gerichtes zur Verständigung desselben von der Feilbietungsbewilligung zur Zeit dieser Bewilligung nicht bestand, dem Recurrenten das Recht, die Giltigkeit dieser Feilbietung im Recurswege zu bestreiten, nicht eingeräumt werden kann.

In Erwägung, daß die Hypothekargläubiger in Gemäßheit der Hofdcr. vom 4. Juli 1794, Nr. 183, vom 20. Juli 1810, Nr. 906, und vom 6. Mai 1847, Nr. 1063 J. G. S. von der bewilligten Realitätenversteigerung zu deren Giltigkeit auch in dem Falle verständigt werden müssen, als sie ihre Pfandrechte erst nach der ertheilten Bewilligung erworben haben, hat der oberste Gerichtshof die Feilbietung als nichtig erklärt.

Nr. 3422.

Verbot: Bescheinigung der Gefahr durch Nachweis des Aufenthaltes des Schuldners in einem Gebiete, wo die Rechtsdurchsetzung erschwert ist.

Entsch. v. 25. Mai 1869, Nr. 5760 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 26. Jänner 1869, Nr. 1590 und des O. L. G. Wien v. 10. März 1869, Nr. 4751). G. Z. 1870, Nr. 46.

A in Marburg begehrte gegen den Bauunternehmer B in Pest das gerichtliche Verbot auf die für ihn bei der Direction der Südbahngesellschaft in Wien liegenden Verdienstsummen und Cautionen. Um zu beweisen, daß seine Forderung gegen B der Verlustgefahr ausgesetzt ist, producirte A ein Zeugniß des Stadtamtes in Marburg, daß B in Marburg, seinem früheren Aufenthaltsorte, kein Vermögen besitze und keines daselbst zurückgelassen habe, und hob hervor, daß er bei der gegenwärtigen Rechtspflege in Ungarn, wo B dermalen sich befindet, in großer Gefahr stehe, um seine Forderung zu kommen, da er nach Jahren erst von den dortigen Gerichten einen Spruch erwirken könnte. — Beide Untergerichte bewilligten das Verbot.

B ergriff den Revisionsrecurs, welcher von dem obersten Gerichtshofe abgewiesen wurde, weil das beigebrachte Amtszeugniß des Stadtamtes Marburg in Verbindung mit dem Umstande, daß der Recurrent dermalen seinen Aufenthalt in Ungarn hat, zum mindesten die Annahme als begründet erscheinen läßt, daß die Sicherstellung und Einbringung der Forderung für die Verbotswerber mit mehreren Schwierigkeiten und Weitwendigkeiten verbunden sein können.

Nr. 3423.

Tilgung oder Deckung einer Schuld durch Ausstellung eines Wechsels?

Entsch. v. 26. Mai 1869, Nr. 771 (Best. des das Urth. des L. G. Krakau v. 15. Juli 1867, Nr. 12132, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 16. August 1868, Nr. 3986). G. H. 1870, S. 178.

Die in erster Instanz zugelassene Einwendung des auf Zahlung einer Waarenkaufsschuld belangten B, seine Schuld dadurch getilgt zu haben, daß er dem Kläger zur Deckung derselben über den Schuldbetrag einen Wechsel ausstellte und behändigte, wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil die Uebergabe des Wechsels noch keine Zahlung bewirkt und dem Beklagten ohnehin freisteht, bei der Zahlung der eingeklagten Schuld den Wechsel von dem Kläger zurückzufordern.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz mit Berufung auf die Gründe derselben und in der weiteren Erwägung, daß das Forderungsrecht des Klägers dadurch, daß er von dem Schuldner zu seiner Deckung den Wechsel erhielt, nicht beirrt wird, weil die Verbindlichkeit des Klägers zur Zurückstellung des Wechsels nach §. 1428 a. b. G. B. erst bei dem Empfang der Zahlung eintritt.

Nr. 3424.

Actio redhibitoria: Vernehmung eines Viehhirten über die Mängel eines Thieres.

Entsch. v. 26. Mai 1869, Nr. 2657 (Best. des das Urth. des L. G. Mistelbach v. 31. März 1868, Nr. 1508, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 3. Sept. 1868, Nr. 15009). G. Z. 1869, Nr. 71.

Die Gewährleistungsklage des Käufers einer Kuh gegen den Verkäufer war auf die in §. 924 a. b. G. B. festgestellte Vermuthung gegründet, welche der Kläger für sich geltend machte, indem er anführte, daß die Kuh in den nächsten 24 Stunden verendete, und daß die auf seine Veranlassung (§. 926 a. b. G. B.) von einem Thierarzt und einem Hirten darauf vorgenommene Beschau einen Herzfehler ergeben habe, an welchem die Kuh schon vor dem Verkauf krank gewesen sein mußte, und den Zeugenbeweis über die Beschau durch den Thierarzt und den Viehhirten antrug. In Folge der vom Beklagten vorgebrachten Einwendung, daß ein Viehhirt kein Sachverständiger sei, mithin der Kläger die im §. 926 a. b. G. B. ihm zur Pflicht gemachte Vorsicht nicht gebraucht habe („Sachverständige" im Plural), wurde in erster Instanz die Klage abgewiesen. In den Motiven ist gesagt: Der Viehhirt kann als Sachverständiger im Sinne des Gesetzes (§. 926) nicht

gelten. Unter Kunstverständigen begreift der §. 187 a. G. O. nur jene, welche hinlängliche Fähigkeiten besitzen, um die Beschaffenheit der betreffenden Sache zu beurtheilen. Woher nun ein gewöhnlicher Viehhirt die hinlänglichen Kenntnisse nehmen soll, um die im innern Organismus gegründeten Krankheitserscheinungen an Thieren richtig zu beurtheilen, läßt sich nicht absehen; und dafür, daß auch das Gesetz den Ausdruck „Sachverständige" im technischen Sinn gebraucht, gibt das — allerdings nur für einen speciellen Fall erlassene — Hofdcr. vom 18. Oct. 1815, J. G. S. Nr. 1181 einen Anhaltspunkt, welcher bestimmt, daß in Wien die Professoren der Thierarzneikunde als Sachverständige zu verwenden seien.

Der oberste Gerichtshof erkannte in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz auf den vom Kläger angebotenen Zeugenbeweis in der Erwägung, daß man einem Viehhirten im Allgemeinen wohl nicht die Befähigung absprechen kann, zu beurtheilen, ob ein Thier krank ist, zumal einerseits manche Krankheiten von äußeren Erscheinungen begleitet sind, die für Jedermann das Dasein eines krankhaften Zustandes wahrnehmbar machen, und andererseits der Richter auf die Ursache des Wissens bei den Zeugen zu dringen hat, woraus dann dessen größere oder geringere Glaubwürdigkeit sich ergeben wird.

Nr. 3425.

Vertheilung des Meistgebotes für eine Liegenschaft: Behandlung des Heiratsgutes.

Entsch. v. 26. Mai 1869, Nr. 5783 (Best. der Decr. des B. G. Allentsteig v. 31. Dec. 1868, Nr. 2158 und des O. L. G. Wien v. 11. März 1869, Nr. 4385). G. H. 1869, S. 343.

Bei der Vertheilung des Meistgebots auf die im Executionswege verkaufte Liegenschaft der Eheleute B, wurde das von den Eltern der Ehefrau dem Ehepaar gegebene und durch justificirte Pränotation auf der Liegenschaft sicher gestellte Heiratsgut im Betrag von 5000 fl. von dem Executionsrichter auf das Meistgebot angewiesen, allein dessen Ausfolgung aus der gerichtlichen Gewahrsam an die Eltern der Executin nicht bewilligt. — Das O. L. G. bestätigte diese Verfügung mit der weiteren Anordnung, daß die in der Meistgebotsvertheilung unbedeckt gebliebenen Satzforderungen depositenamtlich auf die besagten 5000 fl. zur eventuellen Befriedigung nach ihrer Rangsordnung übertragen werden.

Dagegen ergriffen die Eltern der Executin den Revisionsrecurs, indem sie das Begehren um Ausfolgung der 5000 fl. wiederholten. Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in der Erwägung, daß die Pränotation des Pfandrechts zur Sicherstellung des von den Recurrenten

gelegentlich der Ehepacten ihrer Tochter gegebenen Heiratsgutes auf Ansuchen der Uebergeber, lediglich im Sinn des §. 1245 a. b. G. B. bewilligt worden ist, und daß hiedurch und durch die Intabulation des Rechtfertigungsbescheides keineswegs ein nunmehr von den Recurrenten in Anspruch genommenes Recht auf Zurückstellung des Heiratsgutes auf ihr, der Uebergeber, Verlangen befestigt erscheint; daß, nachdem unter solchen Verhältnissen die definitive Zuweisung dieses Capitals in der Schwebe zu bleiben hatte, auch die Pfandrechte der nachfolgenden Hypothekargläubiger in Hinblick auf die mit der künftigen Gestaltung der Dinge etwa eintretende Verfügbarkeit des besagten Capitals zu ihrer Befriedigung, mit Beziehung auf diesen Zahlungsfond nicht unbedingt als erloschen betrachtet werden konnten.

Nr. 3426.

Bestellung eines Arztes für einen Minderjährigen durch dessen Dienstherrn: Verpflichtung des Letzteren zur Honorirung.

Entsch. v. 28. Mai 1869, Nr. 1371 (Best. des Urth. des L. G. Hainfeld v. 4. Nov. 1868, Nr. 482, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 30. Dec. 1869, Nr. 22473). G. H. 1869, S. 280.

Der minderjährige Sohn des B, bei C im Dienst, erlitt durch einen Fall eine Verletzung, von welcher ihn der von C gerufene Arzt A heilte. A belangte nun den B auf Zahlung des Honorars, wogegen B einwendete, daß der Kläger die Zahlung von dem Dienstgeber seines Sohnes C zu fordern habe, der ihn rief und als Dienstgeber die Curkosten zu bestreiten verpflichtet sei. In dieser Frage der passiven Sachlegitimation entschied die erste Instanz gegen den Kläger, weil nach §. 1152 a. b. G. B. und nach dem Wesen der Verträge überhaupt der Zahlungsanspruch nur gegen den Besteller, d. i. gegen C erhoben werden könne. — Das O. L. G. traf die entgegengesetzte Entscheidung: denn die Verpflichtung des B zur Zahlung der Curkosten für seinen Sohn könne nach §. 139 a. b. G. B. keinem Zweifel unterliegen, da C, indem er den Arzt holen ließ, bei der offenbaren Lebensgefahr des Verunglückten nur eine Handlung unternommen hat, welche dem B, Vater des Letzern, obgelegen wäre.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Die Zahlung des Honorars kann von A nur aus der Thatsache der Bestellung nach §. 1152 a. b. G. B. gegen den Dienstgeber, in dessen Verpflegung der Kranke stand, und der die ärztliche Behandlung veranlaßte, gefordert werden, und diesem bleibt es überlassen, allenfalls den Ersatz nach §. 1042 a. b. G. B. von dem B als Vater anzusprechen.

Nr. 3427.

Exceptio litis pendentis?

Entsch. v. 1. Juni 1869, Nr. 4524 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Turnau v. 2. Juli 1867, Nr. 4042 und des O. L. G. Prag v. 24. Nov. 1868, Nr. 32461). Gazz. d. Trib. 1860, Nr. 20. G. Z. 1871, Nr. 13.

B, als Erbe der M, wegen Zurückzahlung einer Darlehensschuld von 341 fl. belangt, setzte der Klage die Einwendung der Streithängigkeit (§. 40 a. G. O.) entgegen, welche auf die in der Klage selbst angeführten Thatsachen gegründet war, daß B für seine Schuld nebst Zinsen der Klägerin A einen von ihm acceptirten Wechsel pr. 351 fl. gegeben hatte, der von C als Indossatar desselben gegen ihn bei einem anderen Gerichte eingeklagt wurde und Gegenstand eines noch schwebenden Processes ist. — Dieser Einwendung wurde von beiden Untergerichten stattgegeben. — In den Motiven der zweiten Instanz heißt es: Wenn auch inzwischen — wie in der Klage angeführt wird — der Wechsel von C wieder in das Eigenthum der Klägerin zurückgelangt ist und C laut seiner Mitunterzeichnung der von der Klägerin in ihrem Processe erstatteten Replik erklärt hat, daß er auf seine Wechselforderung gegen B verzichtet habe, so sei dadurch die nach §. 40 a. G. O. erhobene Einrede nicht beseitigt, weil der Uebergang der von C bereits eingeklagten Forderung auf die A den anhängig gemachten Rechtsstreit nicht beirren könne, sondern der Uebernehmerin der Forderung blos freistehe, diesen Proceß fortzusetzen, weil der vormalige Eigenthümer der Forderung, C, nach geschehener Abtretung derselben an die A rechtsgiltig nicht mehr darauf verzichten konnte, übrigens aber auch die Verzichtleistung auf die von ihm bei einem anderen Gerichte eingeklagte Forderung, welche C in der beim Proceßgerichte von der A überreichten Satzschrift derselben erklärt hat, nicht im Stande sei, die Anhängigkeit des bei dem letzteren Gerichte noch schwebenden Streites aufzuheben.

Der oberste Gerichtshof hat die vorgebrachte Einrede abgewiesen und der ersten Instanz die Fällung des Urtheils in merito aufgetragen. Gründe: Die Klage des C gegen B gründete sich auf dessen Wechselaccept und wurde gegen ihn als Acceptanten angestellt, während die Klage der A gegen B auf den von der Klägerin mit der M geschlossenen Darlehensvertrag gestützt und gegen B als Erbe der Letzteren gerichtet ist. Demnach beruhen beide Klagen nicht auf dem nämlichen Factum und gegen die Klage der A kann die Einwendung der Streithängigkeit umsoweniger erhoben werden, als darüber nach dem gemeinen bürgerlichen Recht, der von C anhängig gemachte Proceß hingegen nach Wechselrecht zu entscheiden ist. Der Umstand, daß B der Darlehensgläubigerin A für ihre Forderung den von C eingeklagten Wechsel ausgestellt hat, kann seiner Einwendung der Litispendenz nicht zum Grunde dienen, weil eben nur der Rechtsgrund beider Klagen und die Person

der Parteien in denselben entscheidend ist und die Thatsache der Wechselacceptation des B nur von meritorischem Belang für die Entscheidung des vorliegenden Processes der A gegen B sein könnte, insoferne der Richter zu untersuchen haben wird, ob durch dieses spätere Factum die ursprüngliche Verbindlichkeit, die Darlehensschuld aufgehoben worden sei.

Nr. 3428.

Einfluß der activen Streitgenossenschaft auf die actorische Caution: Solidarverpflichtung.

Entsch. v. 1. Juni 1869, Nr. 5890 (Best. des Decr. des L. G. Prag vom 10. Dec. 1868, Nr. 28873, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 17. Februar 1869, Nr. 3469). G. H. 1869, S. 31.

In dem Erbrechtsstreit der gesetzlichen Erben A und B gegen die Testamentserben handelte es sich um die actorische Caution, zu deren Leistung die A sich erbot, während B erklärte, dieselbe nicht schaffen zu können, und dafür den Eid anbot. — Das Gericht erster Instanz legte beiden Klägern die solidarische Verpflichtung auf zum Erlag einer Geldcaution von 500 fl. aus folgenden Gründen: Die Behauptung des A, daß die Kläger in dem Fall ihrer Verurtheilung zum Ersatz der Proceßkosten an die Beklagten, hiezu nicht in solidum, sondern nur pro rata verpflichtet wären, daß mithin sie selbst als actorische Caution nur die Hälfte des hiefür bemessenen Betrages zu erlegen habe, ist ungegründet. Denn nach §. 398 a. G. O. hat der unterliegende Streittheil die Proceßkosten dem Gegner zu vergüten; der zugesprochene Kostenersatz hat demnach die rechtliche Natur einer Entschädigung, auf welche die Vorschriften des 30. Hauptstückes des II. Thl. des a. b. G. B. Anwendung finden. Da nun dermalen nicht festgestellt werden kann, ob im Falle des Unterliegens der Kläger die Antheile derselben an dem der Gegenpartei zuerkannten Ersatz der Kosten sich werden bestimmen lassen, so kommt der §. 1302 a. b. G. B. zur Anwendung und sind beide Kläger in solidum schuldig, den Ersatz der durch ihre gemeinschaftliche Klage verursachten Kosten sicher zu stellen. Diese Solidarverbindlichkeit folgt schon daraus, daß sie gemeinschaftlich die Klage angebracht haben; deshalb sind sie dem Gerichte und den Beklagten gegenüber als Eine Person anzusehen, wie dies auch durch das Gesetz vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, §. 73 in Betreff der Staatsgebühren bestimmt ist. Bei dem Bestand der Solidarverbindlichkeit beider Kläger entfällt die Nothwendigkeit des Eides, welchen der Kläger B für sein Unvermögen, die Caution zu leisten, angeboten hat, weil die Klägerin A sich zur Leistung der vom Gericht zu bestimmenden Caution erboten hat und die von ihr zu erlegende Cautionssumme

von 500 fl. für beide Kläger dem Beklagten die Sicherheit gewährt, mithin die Ablegung des Eides überflüssig ist, welche nach §. 406 a. G. O. nur dann stattzufinden hat, wenn eine actorische Caution überhaupt nicht geleistet werden kann. Das O. L. G. legte nur der A die Leistung einer Caution und zwar im Betrag von 250 fl., dem B hingegen den Eid auf, daß er eine Caution zu schaffen nicht vermöge, weil die solidarische Verpflichtung sachfälliger Streitgenossen zum Ersatz der Kosten des Gegners in keinem Gesetz gegründet sei und die angerufenen Vorschriften über die Staatsgebühren auf Privatrechtsverhältnisse keine Anwendung haben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der ersten Instanz aus den Gründen derselben und in der weiteren Erwägung, daß der Kostenaufwand für die Beklagten sich gleich bleibt, mag nun die A allein oder mit ihr auch B den Proceß führen.

Nr. 3429.

Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters in Fällen, wo Anwaltszwang nicht eintritt.

Entsch. v. 2. Juni 1869, Nr. 6165 (Abänd. der gleichförmigen Decr. der Advocatenkammer in Klagenfurt v. 11. März 1869, Nr. 105 und des O. L. G. Graz v. 20. April 1869, Nr. 4550). G. H. 1869, S. 55.

Das Gesuch des Vormundes und der Mutter des unehelichen Kindes A um Bewilligung eines unentgeltlichen Vertreters zur Klageführung wider den in einem anderen Gerichtsbezirk wohnhaften B wegen Anerkennung der Vaterschaft und Alimentation wurde von der Advocatenkammer abgewiesen, weil nach §. 16 der Advoc.-Ordn. ein Advocat zur unentgeltlichen Vertretung einer Partei nur in jenen Fällen angehalten werden kann, in denen eine solche Vertretung durch das Gesetz geboten ist, für Vaterschaftsprocesse, welche auf dem Lande zu führen sind, ein derlei Gesetz nicht besteht, die bloße Unbequemlichkeit aber, welche für eine Partei darin liegt, daß sie eine Klage außerhalb ihres Gerichtsbezirkes anbringen soll, für die Pflicht des Advocaten eine Exoffo-Vertretung zu übernehmen, nicht entscheidend ist. — Das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid.

Der oberste Gerichtshof hingegen bewilligte das Gesuch in Erwägung, daß durch die Advoc.-Ordn. v. 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 an dem bisherigen Gerichtsverfahren bezüglich der Art der Verhandlung und der Vertretung dabei nichts geändert worden ist, also auch nicht an der im §. 17 der a. G. O. dem Kläger beim mündlichen Verfahren freigestellten Wahl, die Klage mündlich oder schriftlich anzubringen, noch an der gesetzlichen Vorschrift, daß schriftliche Klagen auch im mündlichen Verfahren der Fertigung eines Rechtsfreundes bedürfen, weshalb einer

mittellosen Partei in diesem Falle auch ein unentgeltlicher Vertreter beizugeben ist; daß es im Sinne der oberwähnten Advoc.-Ordn. nicht liegen konnte, arme Parteien der bisherigen Rechtswohlthat der unentgeltlichen Vertretung nahezu gänzlich verlustig zu machen und dieselben in offenem Widerspruche mit §. 17 der a. G. O. zur mündlichen Klagsanbringung auch bei ausgedehnten oder verwickelten Rechtsfällen zu zwingen.

Nr. 3430.

Ersatzklage im Falle der Nichterfüllung einer Verpflichtung.

Entsch. v. 3. Juni 1869, Nr. 3592 (Best. des das Urth. des B. G. Schwanenstadt v. 10. Juli 1868, Nr. 1230, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 20. Jänner 1869, Nr. 25447). G. Z. 1870, Nr. 3.

Die Klage der Ausgedingsberechtigten A gegen die verpflichteten Eheleute B und C pto. 1. Verpflichtung zum Ausgeding im Allgemeinen und 2. Zahlung von 333 fl. für aus- und rückständige Artikel des Naturalausgedings wurde von beiden Untergerichten ad 1 bedingt (Haupteid) zugelassen, dagegen ad 2 in erster Instanz ohne Weiteres abgewiesen, weil die A nur die genaue Erfüllung des Ausgedingvertrages, also nur die Leistung des Naturalauszuges nach §. 919 a. b. G. B. fordern und damit in zweiter Linie etwaige Ersatzansprüche, z. B. auf Ersatz ihrer Kosten zur Beischaffung der nicht rechtzeitg gelieferten Auszugsartikel verbinden, keineswegs aber primär ein Recht auf Schadenersatz geltend machen könne. — Das O. L. G. hat ad 2 vorerst den Sachbefund zur Erhebung des Werthes der Naturalien zur Zeit, als sie zu entrichten waren, zugelassen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses Interlocut der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Auf die nachträgliche Vollziehung vertragsmäßiger Leistungen hat die in ihrem Vertragsrecht verletzte Partei gemäß §§. 919 und 1323 a. b. G. B. dann das Begehren zu richten, wenn vermöge der Natur der Sache die nachträgliche Leistung möglich ist und außerdem durch sie die Erfüllung des Vertrages in seiner Wesenheit bewirkt wird, welcher Fall aber hier nicht eintritt, wie bereits in den Motiven der zweiten Instanz dargestellt worden ist (in welchen die Undurchführbarkeit der genauen Vertragserfüllung mit Rücksicht auf die bei der Naturalauszugsleistung wesentliche, durch das Versäumniß der Verpflichteten unmöglich gewordene Beobachtung der für die Leistung bedungenen Termine hervorgehoben wurde).

Nr. 3431.

Unzulässigkeit der Verbindung der außerordentlichen Revision mit der ordentlichen, ohne ausdrückliche Hervorhebung der ersteren in der Anmeldung.

Entsch. v. 8. Juni 1869, Nr. 3846, G. Z. 1869, Nr. 81.

In einer schriftlich verhandelten Streitsache war das Urtheil der ersten Instanz von dem Obergerichte in einem Punkte der Entscheidung bestätigt, in dem zweiten Punkte abgeändert worden. — Der Kläger meldete die Revision gegen das Urtheil zweiter Instanz ganz allgemein an und erwirkte sich eine Fristerweiterung für die Beschwerde. Innerhalb dieses Termines, allein geraume Zeit nach Ablauf der 14 Tage von Zustellung des Erkenntnisses zweiter Instanz, überreichte der Kläger die Revisionsbeschwerde, worin er aber die Abänderung beider unterrichterlicher Urtheile, auch in dem gleichförmig entschiedenen Punkte, begehrte.

Der Geklagte verwahrte sich in der Revisionseinrede gegen dieses verspätet eingebrachte a. o. Revisionsbegehren und der oberste Gerichtshof wies dasselbe aus folgenden Gründen zurück: Nach Vorschrift der §§. 258 und 260 a. G. O. soll der Beschwerdeführer, wenn das Urtheil mehrere Punkte enthält, jene klar ausdrücken, wodurch er beschwert zu sein erachtet, und soll eine Revision, in so weit der Spruch erster Instanz vom Obergerichte bestätigt worden ist, nicht zugelassen werden; das Rechtsmittel der Revision gegen eine in zweiter Instanz bestätigte Entscheidung ist ein außerordentliches und keineswegs selbstverständliches Rechtsmittel; dasselbe ist nach dem Hofdcr. v. 15. Febr. 1833, J. G. S. Nr. 2593, von der Partei, welche wegen Nichtigkeit oder offenbarer Ungerechtigkeit darauf Anspruch zu haben vermeint, gehörig anzumelden; es ist für die Erledigung einer a. o. Revisionsanmeldung nach dem Hofdcr. vom 2. October 1794, J. G. S. Nr. 196, ein anderer Vorgang bezeichnet, und ohne ausdrückliche Einwilligung des Gegentheiles eine Fristerweiterung zur Ausführung nicht zuläßig. Im vorliegenden Falle enthält die Revisionsanmeldung nicht die geringste Andeutung, daß die Partei in dem bestätigten Theile der erstrichterlichen Entscheidung eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit wahrnehmen zu können glaube, und daß sie auch in dieser Richtung eine Beschwerde anmelde. Die Eingabe wurde auch lediglich nach Art einer ordentlichen Revisionsanmeldung verbeschieden, somit als solche betrachtet und behandelt, und beide Theile haben sich hiemit zufriedengestellt. Hieraus ist dem Gegentheile bereits ein formelles Recht erwachsen, welches nicht mehr hinterher durch Einschmuggelung einer a. o. Revisionsbeschwerde in der Ausführung der gemeinhin, also selbstverständlich im ordentlichen Wege angemeldeten Beschwerde und durch Erschleichung einer Frist hiefür umgangen und vereitelt werden konnte.

Nr. 3432.

Unzulässigkeit der Sicherstellung einer vom Ausfall eines Eides abhängigen Forderung während des Rechtsmittelzuges gegen das bedingte Urtheil.

Entsch. v. 8. Juni 1869, Nr. 5875 (Best. des das Decr. des B. G. Landesberg v. 26. Nov. 1868, Nr. 4166, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 4. März 1869, Nr. 2636). G. H. 1870, S. 200.

In zweiter und dritter Instanz wurde die von dem Kläger nach §. 259 a. G. O. begehrte Sicherstellung (durch Pränotation) der ihm gegen einen Haupteid zuerkannten Forderung im Zuge der vom Beklagten gegen das Urtheil ergriffenen Appellation verweigert, weil die Forderung von der noch schwebenden Bedingung der Herstellung des Eidbeweises abhängt.

Nr. 3433.

Unförmlichkeit des Testamentes als Voraussetzung der Anweisung der Testamentserben zur Klage: Mängel in der Unterschrift der Zeugen.

Entsch. v. 8. Juni 1869, Nr. 6301 (Best. des das Decr. des B. G. Bischofteinitz v. 10. März 1869, Nr. 761, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 6. April 1869, Nr. 11434). G. H. 1869, S. 281.

In einem Falle der Collision von Erbserklärungen gesetzlicher und testamentarischer Erben verwies das Abhandlungsgericht die Letzteren zur Erbrechtsklage gegen die Ersteren wegen Unförmlichkeit des allographen Testamentes, welches die Unterschrift des Testators und jene von drei Personen trug, davon zwei mit dem deutlich geschriebenen Beisatze „als Zeugen“, die dritte aber mit einem ganz unleserlichen Beisatz. — Das O. L. G. verwies umgekehrt die gesetzlichen Erben zur Klage gegen die Testamentserben aus folgenden Gründen: Der vorliegende Aufsatz, äußerlich als letzter Wille bezeichnet, mit der in Ansehung ihrer Echtheit gar nicht bestrittenen Unterschrift des Erblassers versehen und von drei Personen unterschrieben, von denen zwei unzweifelhaft als Zeugen unterfertigt erscheinen, die dritte aber offenbar eine von dem Erblasser verschiedene Person ist, — stellt sich als eine nicht offenbar in ungehöriger Form errichtete letzte Willenserklärung dar. Es haben demnach gemäß §. 126 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 diejenigen, welche sich aus dem Gesetze als Erben erklärten und die Abhandlung der Verlassenschaft mit Beseitigung der letzten Willenserklärung anstreben, die Giltigkeit derselben auf dem Rechtswege zu bestreiten, somit als Kläger aufzutreten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

Nr. 3434.

Unzulässigkeit der Abweisung von amtswegen eines vor Einbringung der Replik erstatteten Nachtrages zur Einrede.

Entsch. v. 9. Juni 1869, Nr. 6135 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 22. Februar 1869, Nr. 10563 und des O. L. G. Prag vom 23. März 1869, Nr. 9818). G. H. 1869, S. 238.

Einige Monate nach Erstattung der dem Kläger A zur Abgabe der — noch ausständigen — Replik zugestellten schriftlichen Einrede überreichte der Beklagte B einen Nachtrag zur Einrede, welcher von dem Proceßgericht angenommen und dem Kläger zugestellt wurde. Gegen diese Erledigung ergriff A den Recurs, den das O. L. G. verwarf, weil kein Gesetz bestehe, welches die Ergänzung einer eingebrachten Satzschrift vor der Beantwortung derselben durch den Gegner als unzuläſſig ausschließt; nach §. 1 a. G. O. und Hofdcr. vom 6. October 1783, J. G. S. Nr. 197 lit. b der Richter niemals von amtswegen verfahren dürfe; und weil der Einredenachtrag dem Recurrenten lediglich zugestellt und damit keineswegs seinen allenfallsigen Einwänden gegen dessen Zulässigkeit vorgegriffen worden sei. — A ergriff nun den a. o. Revisionsrecurs, worin er für seine Behauptung, daß der in Rede stehende Nachtrag als ein ganz gerichtsordnungswidriges Einschreiten von amtswegen zurückzuweisen war, anführte, daß aus den §§. 5, 6 und 7 a. G. O., wornach in der Einrede der Beklagte alle von dem Kläger angebrachten Umstände zu beantworten, das Factum allenfalls zu ergänzen, die vom Kläger verschwiegenen oder anders als der Wirklichkeit gemäß, dargestellten Umstände nachzutragen und alle Einwendungen zugleich vorzubringen hat, und aus dem §. 24 a. G. O., nach welchem der Beklagte nebst der Klagebeantwortung seinen allfälligen Beweis und Gegenbeweis anzubringen hat, folge, daß die vom Gesetz vorgeschriebene Beantwortung der Klage in einer und derselben Rede ohne Schrift geschehen müſſe; daß nach §. 2. a. G. O. jedem Theil insgemein zwei Reden, dem Beklagten Einrede und Duplik zustehen; daß, wenn der §. 49 a. G. O. die Abänderung des Klagebegehrens in Ansehung des Gegenstandes und Klagerechts niemals gestattet und das Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 620 lit. e die Zurücknahme einer übel instruirten Klage zur Verbesserung und zur Nachtragung übergangener Beweismittel und Behelfe ausdrücklich verbietet, dasselbe auch für den Beklagten von der Einrede gelten müſſe; daß der überdies mit einer Beilage versehene Einredenachtrag Neuerungen enthalte, welche in gerichtsordnungswidriger Form gegen die Vorschrift des §. 54 a. G. O. (Anbringen der Nova in der Duplik nach vorgängiger richterlicher Bewilligung) angebracht wurden; daß endlich dem Recurrenten jedenfalls die abgesonderte Beantwortung des Einredenachtrags gestattet sein müßte, wodurch er in die Lage käme, in derselben Sache zwei Repliken zu erstatten.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil in der That kein Gesetz besteht, welches verordnet, einen vor erstatteter Replik überreichten Nachtrag zur Einrede von Amtswegen zurückzuweisen; namentlich in den im Recurs citirten Gesetze eine solche Vorschrift nicht enthalten ist und insbesondere die §§. 49 und 54 a. G. O. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

Nr. 3435.

Einfluß der Zwangsveräußerung einer Liegenschaft auf die darauf haftenden Servituten.

Entsch. v. 9. Juni 1869, Nr. 6391 (Best. des Decr. des L. G. Triest vom 30. Dec. 1868, Nr. 10219 und des O. L. G. Triest v. 31. März 1869, Nr. 1652). Gazz. dei Trib. 1869, Nr. 20. G. Z. 1871, Nr. 24.

Auf Grund der gerichtlichen Verordnung, womit dem A als Ersteher eines im Concurs versteigerten Hauses dasselbe adjudicirt und die Befugniß zur Umschreibung und zur Löschung aller darauf haftenden Passiva ertheilt wurde, begehrte er die Eintragung seines Eigenthumes und die ihm bewilligte Löschung, insbesondere auch des für die Gemeinde Triest bei dem Hause intabulirten Rechts zur Anbringung eines Wasserleitungsrohrs an der äußern Mauer desselben. — Beide Untergerichte bewilligten das Gesuch mit Ausschluß der Löschung des letzterwähnten Rechts.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidungen in Erwägung, daß der Zweck der executiven, wie der im Recurs stattfindenden Versteigerung einer Liegenschaft dahin geht, daß das dabei erzielte Meistgebot zur Befriedigung der Pfandforderungen verwendet werde; daß aber hiezu das als Servitut intabulirte Recht der Gemeinde Triest nicht gehört, da Servituten der dienstbaren Realität selbst ankleben und als eine derselben inhärirende Last — wenn sie intabulirt sind — gegen jeden Besitzer der Realität wirksam bleiben.

Nr. 3436.

Herstellung des ersten halben Beweises durch zwei verwerfliche und einen bedenklichen Zeugen.

Entsch. v. 10. Juni 1869, Nr. 3488 (Best. des Urth. des B. G. Obernberg v. 20. Nov. 1868, Nr. 513, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 4. Februar 1869, Nr. 25445). G. H. 1869, S. 348.

Es handelte sich um einen durch den Erfüllungseid zu ergänzenden Beweis, welcher in der von zwei verwerflichen Zeugen unterstützten

Aussage eines bedenklichen Zeugen bestand, und um die Frage, ob einem solchen Beweis die Kraft einer ersten halben Probe zukommen könne.

Der oberste Gerichtshof entschied die Frage im bejahenden Sinne aus den folgenden Gründen: Daß durch die von zwei verwerflichen Zeugen unterstützte Aussage eines bedenklichen Zeugen eine halbe Probe nicht hergestellt werden könne, ist im Gesetz nirgends ausgesprochen; es ist vielmehr dem Richter im §. 144 a. G. O. die Beurtheilung überlassen, wie viel Glauben einem bedenklichen Zeugen beizumessen sei. Wenn auch der §. 137 a. G. O. als Regel für einen vollständigen Beweis zwei unbedenkliche Zeugen fordert, so folgt daraus nicht, daß ein halber Beweis nur durch Einen unbedenklichen Zeugen hergestellt werden könne, da ein vollständiger Beweis nach dem citirten Paragraph ja auch durch mehrere bedenkliche Zeugen hergestellt werden kann. Da der §. 137 a. G. O. von einem unbedenklichen oder bedenklichen Zeugen nur bei der Beweisergänzung spricht, so müßte, wollte man die Ergänzung nur als zweite halbe Probe ansehen, Ein unbedenklicher Zeuge zur Herstellung der ersten halben Probe gleichfalls für unzureichend erachtet werden. Wenn nach §. 141 a. G. O. sogar ein verwerflicher Zeuge den Erfüllungseid zu ersetzen vermag, so kann der von zwei verwerflichen Zeugen unterstützten Aussage eines bedenklichen Zeugen doch wohl das Gewicht einer ersten halben Probe beigelegt werden.

Nr. 3437.

Hemmung der Execution durch die a. o. Revision?

Entsch. v. 10. Juni 1869, Nr. 4727 (Best. der Decr. des H. G. Wien v. 10. Februar 1869, Nr. 13234, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 17. März 1869, Nr. 4929). G. H. 1869, S. 353.

Dem A wurde in Execution der gegen B erflossenen gleichförmigen Urtheile erster und zweiter Instanz auf Zahlung von 1000 fl., die Ausfolgung der von Letzterem zur Sicherstellung der Forderung des A bei Gericht hinterlegten Barschaft ohne Rücksichtnahme auf die von B gegen die Urtheile ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde von der ersten Instanz bewilligt, von der zweiten Instanz hingegen wegen des Revisionszuges und in Erwägung, daß dem B im Fall einer ihm günstigen Proceßentscheidung in dritter Instanz ein unwiederbringlicher Nachtheil erwachsen könnte, verweigert.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil die gegen gleichförmige Urtheile ergriffene Revisionsbeschwerde nach den Hofdcr. vom 17. October 1797, J. G. S. Nr. 394 lit. a und vom 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593 die Execution nicht hemmt.

Nr. 3438.

Persönliche Haftung des Erstehers einer Liegenschaft für die zur Zahlung übernommenen Satzposten.

Entsch. v. 10. Juni 1869, Nr. 5334 (Best. des das Urth. des B. G. Komotau v. 6. Sept. 1868, Nr. 3773, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 19. Dec. 1868, Nr. 34732). G. H. 1869, S. 324. Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 1.

B, Ersteher einer im Executionsweg verkauften Liegenschaft, blieb den Kaufschilling schuldig und hatte die darauf gewiesenen Tabularforderungen mit 5% zu verzinsen. Nachdem B das Eigenthum der Liegenschaft grundbücherlich auf C übertragen hatte, wurde er von dem auf das Meistgebot angewiesenen Tabulargläubiger A mit der persönlichen Klage auf Zahlung belangt. Auf seine Einwendung, daß er nicht persönlicher Schuldner des A geworden sei, sprach die erste Instanz den B klagefrei. — Das O. L. G. hingegen verurtheilte ihn nach dem Klagebegehren, weil durch den Licitationsverkauf für den Gläubiger A nebst dem Pfandrecht an der Realität auch ein persönliches Forderungsrecht gegen den Käufer B entstanden sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Ansicht und das Urtheil der zweiten Instanz.

Nr. 3439.

Relicitation: Haftung des Gutes für die aus Anlaß der rückgängig gemachten Feilbietung aufgerechnete Uebertragungsgebühr.

Entsch. v. 15. Juni 1869, Nr. 6367 (Best. des das Decr. des B. G. Mauthhausen v. 30. Dec. 1868, Nr. 2143, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 23. März 1869, Nr. 5589). G. Z. 1870, Nr. 88.

Dem A, Ersteher einer zwangsweise versteigerten Liegenschaft, wurde von dem Steueramte die Zahlung der Uebertragungsgebühr per 75 fl. auferlegt. A zahlte sie nicht und ließ die Licitationsbedingnisse unerfüllt. Aus dem letzteren Grunde kam es zur Relicitation der Liegenschaft, welche von B um einen höheren Preis erstanden wurde. Nun meldete die Finanzprocuratur obige Gebühr von 75 fl. bei der Meistgebotsvertheilung als Vorzugspost an. — Der Ersteher, zugleich Pfandgläubiger B erhob dagegen Einsprache und das Gericht erster Instanz ließ die angemeldete Post unberücksichtigt, weil das Rechtsgeschäft mit A rückgängig geworden ist und dessen Eintragung im Grundbuch nicht stattgefunden hat (§. 77 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50 und Finanz-Minist.-Verordn. vom 27. April 1858, Nr. 22913, Verordnungsblatt des Finanzministeriums vom Jahre 1858, S. 118, worin es heißt: „Werden Rechtsgeschäfte über unbewegliche

Sachen rückgängig gemacht und hat die bücherliche Eintragung noch nicht stattgefunden, so ist der gebührenpflichtige Act in Abfall zu bringen"). — Das O. L. G. verordnete die Aufnahme der Post per 75 fl. unter den Vorzugsposten, in Erwägung, daß es sich um eine noch nicht über drei Jahre ausständige, auf dem Gute haftende Vermögensübertragungsgebühr handelt; daß nach §. 6 des Patents vom 2. August 1850, R. G. Bl. Nr. 329 darüber, ob eine Gebühr und in welchem Ausmaß zu entrichten sei, ein gerichtliches Verfahren nicht stattzufinden hat, und daß die citirte Finanz-Min.-Verordn. vom 27. April 1858, weil als Gesetz nicht kundgemacht, vom Gericht nicht zur Grundlage seiner Entscheidung — auch abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob dieselbe auf den vorliegenden Fall Anwendung fände — gemacht werden darf.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus deren Gründen.

Nr. 3440.

Abgrenzung der Competenz der Gerichts- und Verwaltungsbehörden in Bezug auf Dienststreitigkeiten; Einfluß einer von der Verwaltungsbehörde mit Ueberschreitung ihrer Competenz gefällten Entscheidung auf das gerichtliche Verfahren.

Entsch. v. 15. Juni 1869, Nr. 6398. G. H. 1869, S. 344.

Der Knecht A belangte mit Klage vom 18. October 1868 seinen ehemaligen Dienstherrn B wegen Zahlung von 91 fl. (Dienstlohn und Entschädigung), indem er anführte, von B zu Lichtmeß 1867 auf ein Jahr gedungen, allein schon am 6. October ohne genügende Ursache entlassen worden zu sein. Da sich aus der Streitverhandlung ergab, daß der oberösterreichische Landesausschuß mit Erlaß vom 19. October 1867, dem Ansuchen des Klägers entsprechend, die Vorstehung der Gemeinde beider Theile angewiesen hatte, in der Sache vorschriftsmäßig das Amt zu handeln, wurden vom Gerichte die Acten zur Entscheidung der Competenzfrage dem O. L. G. vorgelegt, dessen Correspondenz mit dem o. ö. Landesausschuß ergab, daß die Gemeindevorstehung in Folge des citirten Auftrages des Landesausschusses nach vorgängiger Verhandlung in der That, am 3. November 1867, in dieser Angelegenheit durch Abweisung des Klägers rechtskräftig entschieden hat.

In Uebereinstimmung mit dem Landesausschuß war das O. L. G. der Meinung, daß nach dem Grundsatze: ne bis in idem, die Competenz des Richters ausgeschlossen sei und legte die Acten nach Hofdcr. vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669 zur Entscheidung dem obersten Gerichtshof vor, welcher in Erwägung, daß die Klage des A gegen B vom 18. October 1868 erst nach Verlauf von 30 Tagen seit dem

Aufhören des Dienstverhältnisses angebracht worden ist, somit nach der Verordnung des Ministeriums des Innern vom 7. December 1856, R.G.Bl. Nr. 224 (Dienststreitigkeiten zwischen Dienstgebern und Dienstboten...., welche aus dem Dienstverhältnisse oder Lohnvertrag hergeleitet und während des Dienstverhältnisses oder wenigstens vor Verlauf von 30 Tagen seit dessen Aufhören angebracht werden, sind vor der politischen Behörde zu verhandeln; jene, welche nach Verlauf dieser Frist erhoben werden, gehören zur Amtshandlung der Gerichte) vor den Richter gehörte; daß dem Richter zusteht, bei der Enderledigung des geschlossenen Streitverfahrens zu entscheiden, welche Wirkung der Umstand, daß auf Grund der citirten Min.-Verordn. und in Folge des Auftrages des o. ö. Landesausschusses bereits von der Gemeindevorstehung in dieser Angelegenheit entschieden worden ist, mit Rücksicht auf die etwaigen Einwendungen des Beklagten hervorzubringen vermöge, die Competenz des Gerichts ausgesprochen und der ersten Instanz die Schöpfung der Endentscheidung nach allenfallsiger Ergänzung der Streitverhandlung aufgetragen hat.

Nr. 3441.

Bücherliche Anmerkung der Hypothekarklage: Unzulässigkeit der Executionsführung gegen den mittlerweile außer Besitz getretenen Beklagten.

Entsch. v. 15. Juni 1869, Nr. 6449 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Obernberg v. 10. April 1869, Nr. 891 und des O. L. G. Wien v. 12. Mai 1869, Nr. 8922). G. Z. 1870, Nr. 12.

A hatte den B mit der Hypothekarklage belangt, welche im Grundbuch angemerkt wurde, und begehrte nach durchgeführtem Proceß gegen B die Intabulation des executiven Pfandrechts an der Liegenschaft, welche in der Zwischenzeit grundbücherlich auf C übergegangen war.

In Uebereinstimmung mit den Untergerichten hat der oberste Gerichtshof das Gesuch des A zurückgewiesen, weil, um auf Grund einer gegen den Besitzer eines unbeweglichen Gutes angebrachten, und in Gemäßheit der Verordnung vom 19. September 1860, R. G. Bl. Nr. 212, grundbücherlich angemerkten Klage, und auf Grund des hierüber ergangenen Erkenntnisses die Execution auf das unbewegliche Gut gegen einen dem Geklagten nachgefolgten neuen Eigenthümer zu führen, das Executionsgesuch gegen diesen neuen Eigenthümer, nicht gegen den Geklagten zu richten ist.

Nr. 3442.

Demolirung eines verpfändeten Gebäudes und Sequestration der Materialien; Uebergang derselben in dritte Hand.

Entsch. v. 15. Juni 1869, Nr. 6489 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des L. G. Zara v. 25. Jänner 1869, Nr. 266 und des O. L. G. Zara vom 25. Februar 1869, Nr. 696). G. H. 1870, S. 47.

Nachdem A für seine Wechselforderung gegen B die Pfandrechtspränotation auf einem Tagestheatergebäude (sogenannte Arena) erwirkt hatte, überreichte er eine Eingabe, worin er mit der Anführung, daß C eigenmächtig das erwähnte Gebäude demolirt habe, gegen B die gerichtliche Sequestration der nach seiner Angabe zum Theil noch auf dem Platze liegenden, zum Theil in ein Magazin des Hauses Nr. 17 der X'schen Straße gebrachten Materialien, aus welchen die Arena errichtet worden war, und zugleich die Verständigung des C von der Sequestration begehrte. — Dieses Gesuch wurde in erster Instanz und mit Verwerfung des von C ergriffenen Recurses auch in zweiter Instanz bewilligt. Nach einiger Zeit überreichte A ein neues Gesuch gegen B, worin er vorbrachte, daß inzwischen auch jene Baubestandtheile der Arena, die auf dem Platze zurückgeblieben waren, weggeschafft und in mehreren Magazinen untergebracht worden seien und daß der aufgestellte Sequester vergeblich sich bemüht habe, die Uebergabe der sequestrirten Materialien zu erlangen, und das Begehren stellte, daß einem Gerichtsdiener aufgetragen werde, die Uebergabe der Materialien an den Sequester nöthigenfalls mit Hilfe der öffentlichen Gewalt zu vollziehen. — Das Gericht erster Instanz bewilligte dieses Gesuch, jedoch mit der durch die Sequestrationsverordnung bedingten Beschränkung der gerichtlichen Uebergabe auf die in dem Hause Nr. 17 der X'schen Straße befindlichen Baubestandtheile und mit Ausschluß der, nach der Anführung des A, inzwischen vom Platze der Arena nach anderen Magazinen transportirten Materialien. Der mit dem Vollzug beauftragte Gerichtsdiener erstattete aber die Anzeige, daß das Magazin im Hause Nr. 17 dem C gehöre, und daß die darin aufbewahrten Materialien von C als sein Eigenthum bezeichnet wurden und ihrem Aussehen nach auch schon benützt worden seien, weshalb er den Auftrag unerfüllt und die Materialien in dem Besitze des C gelassen habe. — Auf diesen Bericht erneuerte das Gericht den Auftrag zur Vollziehung der Uebergabe und das O. L. G. bestätigte die Verordnung der ersten Instanz mit Verwerfung des von C dagegen angebrachten Recurses, worauf C den a. o. Revisionsrecurs ergriff.

In Erwägung, daß die Sequestration der Arena-Materialien dem A nur gegen seinen Schuldner B bewilligt wurde, und daß dieser Bescheid durch die unter Einem verfügte Mittheilung desselben an C zu seinem Wissen nicht die Eigenschaft einer gegen C erlassenen executiven Verordnung enthielt; daß mit der Einsprache, welche C gegen

die Vollziehung der Sequestration an den in seinem Magazin im Hause Nr. 17 der X'schen Straße verwahrten Materialien bei dem Gerichtsdiener erhob, offenbar der Fall gegeben war, die Vorschriften des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889 zur Anwendung zu bringen; daß nach §. 1 dieses Gesetzes die Execution nur an jenen Mobilien zu vollziehen ist, welche bei der Vornahme im Besitze des Schuldners angetroffen werden; daß aber nach dem Zugeständnisse des Executionsführers selbst und nach dem Inhalte des vom Gerichtsdiener aufgenommenen Protokolles das vorerwähnte Magazin in dem unbestrittenen und ausschließlichen Besitze des C, nicht in jenem des Schuldners B ist, und daß nach dem Protokolle des Gerichtsdieners auch jeder Anhaltspunkt fehlt, um in den dort angetroffenen Gegenständen Bestandtheile der Arena zu erkennen, deren Sequestration bewilligt worden war; daß unter solchen Umständen auf die Erklärung des C, daß die in seinem Magazin befindlichen Materialien sein Eigenthum seien, und auf seine Weigerung, die Execution daran vollziehen zu lassen, von dem Richter nur die regelmäßige Zustellung der Sequestrationsverordnung an den C verfügt werden durfte, damit derselbe dem Executionsführer, der ihn aber mit Klage belangen muß, für das von dem Letzteren zu erweisende Eigenthum des Executen an den der Sequestration vorläufig entzogenen Sachen verantwortlich gemacht werde (§. 4, letzter Absatz des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, Nr. 889); daß daher die von C angefochtenen Verordnungen der Untergerichte, wodurch ungeachtet dieser Einsprache und Weigerung des C dem Gerichtsdiener die Vollziehung der Sequestration aufgetragen wurde, eine offenbare Verletzung der Rechte desselben in sich schließen, — hat der oberste Gerichtshof mit Aufhebung der untergerichtlichen Decrete verordnet, daß der Sequestrationsbescheid dem C zu dem im letzten Absatze des §. 4 des citirten Hofdecretes bezeichneten Zweck zugestellt werde, daß die im Magazin des C untergebrachten Materialien in seiner Gewahrsam zu verbleiben haben, und daß von seiner Weigerung, die Sequestration — durch Uebergabe der Materialien an den Sequester — vollziehen zu lassen, der Gegenpartei Kenntniß gegeben werde.

Nr. 3443.

Exceptio plurium concumbentium, gestützt auf die von einem Dritten erfolgte Anerkennung der Vaterschaft.

Entsch. v. 16. Juni 1869, Nr. 6596 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Ried v. 23. Oct. 1868, Nr. 6550 und des O. L. G. Wien vom 11. Februar 1869, Nr. 1664). G. Z. 1870, Nr. 13.

In einem Paternitätsprocesse hatte der Geklagte B zwar zugestanden, der Mutter des Kindes innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt zu haben, gleichzeitig jedoch eingewendet, die Klägerin habe vor Einbringung der Klage den C als Vater bezeichnet, welcher vor dem

Pfarrer die Vaterschaft anerkannt habe. — Von beiden Untergerichten wurde der Klage stattgegeben. Gründe der zweiten Instanz: Da Geklagter zugestanden hat, innerhalb der vom Gesetze (§. 163 a. b. G. B.) bezeichneten Zeit der Klägerin beigewohnt zu haben, so ist weder die der Klägerin zugemuthete Bezeichnung eines Anderen als Vater des Kindes, noch der Umstand, daß dieser Andere bereits früher gestanden hat, daß er derselben Mutter innerhalb derselben Zeit beigewohnt habe, geeignet, die gegen den Geklagten gegründete gesetzliche Vermuthung, daß er das Kind erzeugt habe, zu erschüttern; denn das Gesetz gewährt nirgends der bloßen Bezeichnung des angeblichen Vaters seitens der außerehelichen Mutter rechtliche Bedeutung, der bezügliche Beweis ist daher eben so unerheblich wie jener über das Geständniß des Anderen, daß auch er den Beischlaf innerhalb der kritischen Zeit gepflogen habe, weil das Gesetz, indem es die Ermittlung der Vaterschaft im Interesse des Kindes und der bürgerlichen Gesellschaft gestattet, keineswegs einer absoluten Naturnothwendigkeit Ausdruck geben, sondern mit der Aufstellung einer unter bestimmten Umständen gegründeten Vermuthung sich begnügen wollte, weshalb man mit Grund annehmen muß, daß der §. 163 a. b. G. B. die Einwendung der mehrfachen Beiwohnung ausschließe. Es kann hiebei kein rechtliches Gewicht auf den Umstand gelegt werden, daß jener Andere die Bedingung des §. 163 früher zugestanden haben soll, weil das Gesetz einem derlei Zuvorkommen keinen Vorzug einräumt und das „Geständniß außer Gericht" nach Wort und Sinn des §. 163 des a. b. G. B. nur auf den jeweiligen Gegentheil der klagenden Mutter oder Vormundschaft, aber nicht auf eine andere außerhalb des Processes stehende Person bezogen werden kann. Der erste Richter hat daher mit Recht den Zeugenbeweis ausgeschlossen, welchen der Geklagte für seine Behauptung, daß C sich als Vater des Kindes bekannt habe, angeboten hat.

In Erwägung, daß der Geklagte eingestanden hat, der Klägerin vor Geburt ihres unehelichen Kindes innerhalb der im §. 163 des a. b. G. B. festgesetzten Zeit beigewohnt zu haben, mithin gegen ihn in Gemäßheit desselben Paragraphen die gesetzliche Vermuthung besteht, daß er dieses Kind erzeugt habe; daß kein Gesetz anordnet, daß diese Vermuthung zu entfallen habe, wenn die uneheliche Mutter vorher außergerichtlich erklärte, ein Anderer sei Vater des unehelichen Kindes und sie wolle von diesem Dritten die Leistung der Alimentation verlangen, oder wenn ein Dritter der Mutter früher außergerichtlich eingestand, ihr innerhalb der im §. 163 des a. b. G. B. bezeichneten Frist beigewohnt zu haben; daß überdies bei diesem Geständniß der Vormund des Kindes nach der eigenen Angabe des Geklagten nicht intervenirte; und in Berücksichtigung der übrigen vom O. L. G. angegebenen Gründe und der §§. 166, 167 und 1043 des a. b. G. B., — hat der oberste Gerichtshof die untergerichtlichen Urtheile bestätigt.

Nr. 3444.

Verweigerung der Concurseröffnung wegen Geringfügigkeit des Vermögens.

Entsch. v. 16. Juni 1869, Nr. 6710 (Best. des Decr. des H. G. Wien vom 17. April 1869, Nr. 37273, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 12. Mai 1869, Nr. 8649). G. H. 1869, S. 272.

Das Gericht erster Instanz hat der von A begehrten Eröffnung des Concurses gegen B wegen Geringfügigkeit des vom Schuldner angegebenen Vermögens (§§. 66 der C. O. v. 25. December 1868, R. G. Bl. vom Jahre 1869, Nr. 1) nicht stattgegeben. — Das O. L. G. verordnete die Concurseröffnung, weil zwar nicht die im §. 66, wohl aber die im §. 63 der C. O. bezeichneten Voraussetzungen hier eintreten.

Auf den Recurs des B, worin hervorgehoben wurde, daß der §. 66 der C. O. eben eine Ausnahme von der Regel des §. 63 enthalte, — hat der oberste Gerichtshof die erstgerichtliche Entscheidung bestätigt, weil bei dem Umstande, daß das auf 1340 fl. geschätzte Vermögen (Mobilien) des Recurrenten bereits für 7245 fl. verpfändet ist und die Einbringlichkeit der außerdem im Activstand vorkommenden zwei Wechselforderungen pr. 500 fl. in Frage steht, die Verweigerung der Concurseröffnung durch den Abgang eines die Kosten der Concursverhandlung deckenden Vermögens nach §. 66 der C. O. hinlänglich gerechtfertigt erscheint.

Nr. 3445.

Collision der Execution auf ein gerichtliches Depositum mit einem früher erwirkten Verbot.

Entsch. v. 16. Juni 1869, Nr. 6712 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 21. Sept. 1868, Nr. 85838 und des O. L. G. Wien v. 7. April 1869, Nr. 5510). G. H. 1869, S. 348.

Gegen die dem B im Executionswege bewilligte Ausfolgung einer für seinen Schuldner C bei Gericht niedergelegten Barschaft recurrirte A mit Berufung auf das ihm schon früher auf dasselbe Depositum bewilligte Verbot, indem er behauptete, daß die Bestimmung des Hofdcr. vom 5. April 1791, J. G. S. Nr. 134 lit. c, wornach durch ein Verbot auf bewegliche, in Händen eines Dritten befindliche Güter das Recht eines Executionswerbers, wenn auch das Executionsgesuch später eingereicht worden wäre, nicht beirrt werden kann, auf gerichtliche Depositen keine Anwendung finde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit der Motivirung, daß das citirte Hofdecret ausdrücklich und ohne gerichtliche Depositen auszunehmen, dem Executionsführer das Vorrecht vor dem, obgleich früheren Verbotswerber einräumt.

Nr. 3446.

Verpflichtung des Miteigenthümers, zu den Kosten einer von der Mehrheit der Miteigenthümer veranlaßten nothwendigen Reparatur beizutragen.

Entsch. v. 17. Juni 1869, Nr. 3153 (Best. des Urth. des B. G. Alsergrund in Wien v. 3. Dec. 1868, Nr. 20897, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 21. Jänner 1869, Nr. 476). G. Z. 1869, Nr. 78.

A belangte den B als Eigenthümer eines Drittels des Hauses Nr. 13 auf Zahlung von 63 fl. 33 kr., als den dritten Theil jenes Betrages, welchen er mit C und D, den Eigenthümern der anderen zwei Drittel des Hauses, für von ihm besorgte Herstellungen am Dache desselben vereinbart hatte. B verwahrte sich gegen jede Zahlung, weil er nicht um seine Zustimmung zu den fraglichen Arbeiten angegangen worden sei, selbe auch nicht ertheilt habe und die Arbeiten selbst nicht nöthig waren. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den Geklagten zur Zahlung, nachdem durch den zugelassenen Befund von Sachverständigen die Nothwendigkeit der vorgenommenen Reparaturen und die Angemessenheit der Preise bestätigt worden war, und zwar aus folgenden Gründen: „Da der Geklagte selbst zugibt, nur Eigenthümer eines Drittels des Hauses zu sein, nach §. 833 a. b. G. B. in allen Fällen, wo es sich um die ordentliche Verwaltung des Hauses handelt, die Mehrzahl der Stimmen, welche nach Antheilen zu zählen ist, entscheidet, so ist im vorliegenden Falle die geschehene Reparatur durch Zustimmung der übrigen Miteigenthümer hinlänglich gerechtfertigt. Ebenso ist durch Sachverständige der Umstand, daß die vom Kläger vorgenommenen Arbeiten nothwendig und die Preise angemessen waren, dargethan, weshalb der Geklagte nach §§. 833, 1151 und 1153 a. b. G. B. zur Zahlung des vom Kläger geforderten Betrages verurtheilt werden muß." — Das O. L. G. war der Meinung, daß dem Kläger auch der Beweis der Einwilligung des Geklagten zur Vornahme der Reparaturen oblag und erkannte auf einen dahin abzielenden Haupteid.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil. Gründe: Nachdem, wie beide Untergerichte anerkannten, die Nothwendigkeit der Reparaturen und die Angemessenheit des Preises außer Zweifel steht, die Eigenthümer der beiden übrigen Hausdrittel die Arbeit bestellt und einen angemessenen Preis dafür zugestanden haben, und diese Arbeit eine nur die ordentliche Hausverwaltung betreffende Angelegenheit war, so muß der Geklagte der von der Mehrheit der Theilnehmer getroffenen Anordnung sich fügen.

———

Nr. 3447.

Dienststreitigkeiten: Unterlassene Geltendmachung der Competenz der Verwaltungsbehörden.

Entsch. v. 17. Juni 1869, Nr. 3972 (Best. des das Urth. des B. G. Urfahr v. 21. Dec. 1868, Nr. 1756, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 25. Februar 1869, Nr. 1138). G. Z. 1870, Nr. 12.

Die Liedlohnsklage des A gegen B, welche A vor Ablauf von 30 Tagen seit Auflösung des Dienstverhältnisses anbrachte, wurde von dem Gerichte angenommen und zur Verhandlung nach dem Gesetz über das summarische Verfahren verbeschieden. Mit Zustimmung des Geklagten wurde die Tagfahrt einmal überlegt; im zweiten Termin, nachdem bereits mehr als 30 Tage seit Auflösung des Dienstverhältnisses verstrichen waren, fand die Verhandlung statt, in welcher der Geklagte mit Berufung auf die Min.-Verordn. v. 7. December 1856, R. G. Bl. Nr. 224 die Incompetenz des Gerichtes einwendete. — Die in erster Instanz zugelassene Einrede wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen abgewiesen: Es ist zwar richtig, daß nach der Min.-Verordn. vom 7. December 1856, R. G. Bl. Nr. 224, die vorliegende Klage am Tage ihrer Ueberreichung nicht zur gerichtlichen, sondern zur politischen Competenz gehörte. Allein da der Geklagte gegen die Annahme der Klage nicht recurrirte, somit die Annahme rechtskräftig werden ließ, da die Verhandlung selbst erst zu einer Zeit vorgenommen ward, in welcher das Gericht zur Verhandlung dieser Streitsache bereits competent war und es dem Zwecke der im Eingange citirten Ministerial-Verordnung, die offenbar die Vereinfachung und Beschleunigung der meist unbedeutenden Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen im Auge hat, gerade entgegen wäre, wenn der Geklagte bei der erst nach 30 Tagen nach Auflösung des Dienstverhältnisses vorgenommenen Verhandlung noch die Einwendung der Incompetenz mit dem Erfolge erheben könnte, daß die nach §. 26 des Gesetzes über das summarische Verfahren nothwendig über die Hauptsache abgeführte Verhandlung cassirt werden müßte und der Kläger gezwungen wäre, die Kosten dieser und den Zeitverlust einer neuerlichen Verhandlung zu tragen, so mußte die Incompetenzeinwendung abgewiesen werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen und in der Erwägung, daß nicht nur die Bestimmung des §. 46 der Vorschrift über das summarische Verfahren den Geklagten nicht hindern konnte, gegen den Bescheid, mit welchem die Klage von dem Gerichte angenommen worden ist, den Recurs zu ergreifen, weil jene Bestimmung nur den abgesonderten Recurs hinsichtlich der Art des Verfahrens, nicht aber hinsichtlich einer etwa in der Einleitung des civilrechtlichen Verfahrens überhaupt gelegenen Gesetzesverletzung ausschließt, sondern daß der Geklagte auch dadurch, daß er in die Erstreckung der Tagsatzung willigte, sich der gerichtlichen

Austragung dieser Streitsache gefügt hat; daß es nicht angehen kann, nun, nachdem die Erfolglosigkeit der vom Kläger angeblich bei der politischen Behörde unternommenen Schritte sich aus der Verhandlung ergibt, und nachdem die Streitsache bei Gericht vollständig durchgeführt worden ist, die gerichtliche Competenz abzulehnen, weil dermalen der Streitgegenstand wegen Ablaufes der in der Min.-Verordn. v. 7. December 1856, R. G. Bl. Nr. 224 festgesetzten dreißigtägigen Frist bei der politischen Behörde gar nicht mehr angebracht werden kann und folglich eine erneuerte Klage dennoch bei Gericht angenommen werden müßte.

Nr. 3448.

Umfang des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers: Unzulässigkeit des Haupteides über „die innere Thatsache des Wissens".

Entsch. v. 17. Juni 1869, Nr. 4326 (Best. des das Urth. des B. G. Krakau v. 30. Oct. 1868, Nr. 18251, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau vom 21. Jänner 1869, Nr. 21006). G. H. 1870, S. 302.

Gegen B, welcher die Zimmereinrichtuug seines Miethmannes C auf Grund des gesetzlichen Pfandrechtes nach §. 1101 a. b. G. B. in Execution gezogen hatte, trat der Möbelhändler A als Eigenthümer der von ihm dem C vermietheten Einrichtungsstücke, mit der Excindirungsklage auf. Der Beklagte bestritt die Zulässigkeit der Eigenthumsklage mit Berufung auf den im §. 1101 a. b. G. B. citirten §. 367. Der Kläger replicirte, daß der Beklagte durch den §. 367 a. b. G. B. gegen die Eigenthumsklage nicht geschützt sei, weil derselbe gewußt habe, daß er, Kläger, der Eigenthümer der von ihm in Execution gezogenen Einrichtungsgegenstände war (§. 368 a. b. G. B.), und deferirte dem Beklagten über diesen von dem Letzteren geleugneten Umstand den Haupteid, auf welchen das Gericht erster Instanz auch erkannte, wogegen das O. L. G. den Kläger ohne Weiteres abwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Nach §. 1101 a. b. G. B. gebührt dem Vermiether für den rückständigen Miethzins das Pfandrecht auch an den Einrichtungsstücken, welche dem Miether von einem Dritten anvertraut worden sind. Durch diese Vorschrift ist für den Beklagten, nachdem er gegen den Miether C seine Miethzinsforderung im Proceßwege durchgesetzt hatte, das executive Pfandrecht an den vom Kläger vindicirten Mobilien vollständig begründet. Der Haupteid aber, mit welchem der Letztere beweisen will, daß sein Eigenthumsverhältniß zu jenen Mobilien dem Beklagten genau bekannt gewesen sei, ist unzulässig, weil die innere Thatsache des Wissens kein Gegenstand des Haupteides ist.

Nr. 3449.

Rückwirkung einer im officiosen Verfahren auf Grund einer a. o. Revision ergehenden Entscheidung auf die inzwischen den conformen Bescheiden gemäß getroffenen Verfügungen.

Entsch. v. 17. Juni 1869, Nr. 6599 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 5. Jänner 1869, Nr. 256, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 31. März 1869, Nr. 6223). G. H. 1869, S. 337.

Nachdem die über A verhängte Vermögenscuratel durch gleichförmige, allein vom Curator desselben mit dem Revisionsrecurs angefochtene Beschlüsse der Untergerichte aufgehoben worden war, begehrte A die Aufhebung der ihm, respective dem Curator bewilligten Sequestration einer Liegenschaft seines Schuldners B. — Das Gericht erster Instanz hob die Sequestration auf. Nun erging die oberstgerichtliche Entscheidung in der Curatelfrage des Inhaltes, daß die Curatel fortzubestehen habe, und darauf in Folge des von dem Curator ergriffenen Recurses gegen die erstgerichtliche Aufhebung der Sequestration die Entscheidung des O. L. G., welche die Sequestrationsaufhebung verweigerte.

Gegen diese letztere Entscheidung recurrirten A und B an den obersten Gerichtshof, welcher in Erwägung, daß durch gerichtliche Entscheidungen, die einem weiteren Rechtszug noch unterliegen, ein definitiver Rechtszustand nicht geschaffen werden kann, wie denn auch nach §. 12 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 der angebrachte Recurs den Vollzug des angefochtenen Bescheides hemmt; daß demnach die Frage der Aufhebung der Vermögenscuratel des A ungeachtet der gleichförmigen bejahenden Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz in Folge des dagegen ergriffenen a. o. Revisionsrecurses des Curators bis zu der darüber erfolgten oberstgerichtlichen Entscheidung eine offene geblieben war; daß die letzte endgiltige Entscheidung in ihrer Wirkung auf den Zeitpunkt der vom Gerichte erster Instanz getroffenen Verfügung zurückgeführt werden muß, wornach beim Bestande der erwähnten oberstgerichtlichen Entscheidung die Vermögenscuratel des A niemals als endgiltig aufgehoben, somit die von A in der Zwischenzeit ohne Intervention des Curators vorgenommenen vermögensrechtlichen Handlungen als rechtswirksam nicht angesehen werden können, die Entscheidung des O. L. G. bestätigte.

Nr. 3450.

Aufhebung der bei der Mobilarpfändung angelegten engen Sperre in Folge einer von dem gerichtlichen Erlag des Betrages der Forderung begleiteten Excscindirungsklage.

Entsch. v. 22. Juni 1869, Nr. 6804 (Best. des Decr. des B. G. Karolinenthal v. 22. März 1869, Nr. 6797, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 20. April 1869, Nr. 13119). G. Z. 1869, Nr. 78.

A belangte den B mit der Excscindirungsklage wegen Aufhebung der von B wider C geführten Execution, insoweit sie auf Waaren, die angeblich ihm gehörten, ausgedehnt worden war, bat um Sistirung derselben und erlegte zur Sicherstellung für B, dessen Forderung an C 300 fl. betrug, eine Summe von 350 fl., zu Gerichtshanden, mit dem Begehren, daß die von B erwirkte enge Sperre sogleich wieder aufgehoben werde. — Die erste Instanz willfahrte der Bitte um Aufhebung der Sperre. Die zweite Instanz verschob die Entscheidung darüber bis jene über die noch in der Verhandlung begriffene Excscindirungsklage erfolgen werde, weil nach §. 3 des Hofdcr. vom 29. Mai 1845, Nr. 889, wohl die einstweilige Innehaltung mit der weiteren Execution, nicht aber die, wenn auch nur theilweise Aufhebung derselben unmittelbar und ohne Vernehmung beider Theile bewilligt werden darf, die Vernehmung der Parteien immerhin sicherstellen kann, daß zur Wahrung der Rechte des A auch die theilweise Aufhebung der schon vollzogenen Execution, insbesondere der engen Sperre, sich als nothwendig darstellt, daher auch die bezügliche Bitte bei der eingeleiteten Vernehmung zu erörtern, und erst auf Grund der Verhandlung darüber zu entscheiden sein wird.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid. Gründe: „Der Zweck einer jeden Executionsführung ist kein anderer, als durch dieselbe den von dem Executen dem Executionsführer geschuldeten Geldbetrag hereinzubringen und den letzteren damit zu befriedigen, wobei es ganz gleichgiltig sein dürfte, ob dieser Betrag von dem Executen oder von einem Dritten dem Exequenten gleich bei der Vornahme der Pfändung bar ausgezahlt oder für Rechnung des Gläubigers später bei Gericht erlegt wird, indem auch in letzterem Falle derselbe für seine Forderung keiner Gefahr eines Verlustes ausgesetzt erscheint, da er in dem zu Gericht erlegten Betrage die Sicherheit für seine Forderung hat. Die an dem Waarenlager des A angelegte enge Sperre stellte sich daher als ungerechtfertigt dar."

Nr. 3451.

Uebernahme der Verpflichtung zur Entrichtung eines die Höhe des Nachlasses übersteigenden Vermächtnisses in einem Erbvertrage: Vertrag zu Gunsten Dritter?

Entsch. v. 22. Juni 1869, Nr. 6962 (Best. des das Decr. des B. G. Oberhollabrunn v. 20. Februar 1869, Nr. 1182, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 12. Mai 1869, Nr. 8510). G. H. 1869, S. 289.

In der von M und seiner Ehefrau B errichteten Urkunde, die als „Erbvertrag und wechselseitiges Testament" überschrieben ist, war der Erbeinsetzung der B die Verpflichtung beigefügt, der A, Tochter des M, ein Legat von 40.000 fl. in der Art zu leisten, daß nach dem Tode des M die Hälfte ausgezahlt und die andere Hälfte sichergestellt werde. Die B verpflichtete sich weiters, für den Fall, daß das M'sche Nachlaßvermögen zur Leistung des Legats nicht hinreichen sollte, den fehlenden Betrag zur Ergänzung der Legatssumme von 40.000 fl. aus Eigenem zu bezahlen. In dem Absatz, welcher die Erbeinsetzung des M enthält, erklärte die B, daß sie die getroffenen Verfügungen, soweit sie als Erbvertrag im Sinne des Gesetzes, §. 1254 a. b. G. B. nicht wirksam sein sollten, als letztwillige Erklärung aufrecht erhalten haben will. Eine ähnliche Erklärung des M enthält die Urkunde nicht. Nach dessen Tod ergab sich, daß sein Nachlaß nur 25.000 fl. betrug; die Erbschaft wurde von der B mit Vorbehalt ihrer Ansprüche aus der von beiden Gatten vor der Aufnahme der besagten Urkunde errichteten Gütergemeinschaft, ausgeschlagen und dafür von der A ex lege angetreten. Nun begehrte die A zur Sicherstellung ihrer Legatsforderung von 40.000 fl., resp. des Theilbetrags von 15.000 fl. die Pfandrechtspränotation auf einer Realität der B, indem sie behauptete, daß die letztere eine ganz selbstständige Verpflichtung habe, den nur 25.000 fl. betragenden Nachlaß des M auf 40.000 fl. zu ergänzen. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen. — In dem Revisionsrecurs machte die A geltend, daß die B als Contrahentin im Erbvertrag auf Erfüllung des von ihr zu Gunsten der A geleisteten Zahlungsversprechens belangt werden könne, weil hier ein von der Erbserklärung unabhängiges Contractsrecht der A vorliege; daß es sich hier nicht um ein Legat, sondern um eine übernommene gewöhnliche Schuld handle; daß die B ein Versprechen zu Gunsten einer dritten Person — der A — unbedingt gemacht und daher die Letztere ein ganz selbstständiges Klagerecht habe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, weil aus der producirten, als Erbvertrag und wechselseitiges Testament überschriebenen Urkunde das sicherzustellende Forderungsrecht der A nicht unmittelbar hervorgeht, indem darin die Verpflichtung der B, das bedun-

gene Legat bei Unzulänglichkeit der Verlassenschaft des M aus Eigenem zu ergänzen, mit ihrer Erbeinsetzung in Zusammenhang gebracht und nicht ausdrücklich die Bestimmung enthalten ist, daß die B, selbst wenn sie nicht als Erbin einträte, zu jener Leistung verpflichtet sei.

Nr. 3452.

Besitzstörung? Schutz des letzten factischen Besitzstandes.

Entsch. v. 23. Juni 1869, Nr. 6768 (Best. des das Decr. des B. G. Pettau v. 9. März 1869, Nr. 2192, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 7. Mai 1869, Nr. 5163). G. Z. 1869, Nr. 85.

A belangte den B in possessorio summariissimo, weil der Beklagte Anfangs Jänner 1869 über eine zum Weingarten des Klägers gehörige Grundparcelle an der Stelle mit einem Wagen gefahren ist, wo A im November 1868 dieselbe aufgegraben und mit Reben bepflanzt hatte. Auf die Einwendung des B, daß er von jeher und noch im Herbst 1868 unbehindert mit seinen Wirthschaftsfuhren durch das Grundstück des A gefahren sei, um auf sein eigenes Grundstück zu kommen, und daß er hiedurch sich im Besitze dieses Fahrweges trotz der vom Kläger im November 1868 unternommenen Culturveränderung erhalten habe, wurde A in erster Instanz mit der Klage abgewiesen. — Das O. L. G. entschied aus nachfolgenden Gründen nach dem Klagebegehren: Der Beklagte hat zwar durch die Aussagen von sechs Zeugen bewiesen, seit Jahren und noch im Herbst 1868 über das fragliche Grundstück, und zwar an der Stelle, wo es gegenwärtig aufgegraben und mit Reben besetzt ist, öffentlich und ungestört mit seinen Wirthschaftsfuhren gefahren zu sein. Da aber andererseits der Kläger durch fünf Zeugen den Beweis erbrachte, daß er schon im November 1868 die Parcelle aufgegraben und mit Reben bepflanzt, daß der Beklagte von dieser Culturveränderung auch noch im November 1868 Kenntniß bekommen und den betreffenden Arbeiten selbst zugesehen hat; da ferners durch diese Culturveränderung sein factischer Besitz des Fahrrechts bezüglich des derselben unterzogenen Theils der Grundparcelle thatsächlich aufgehoben wurde, weil aufgegrabene und mit Reben bepflanzte Stellen selbstverständlich den Fahrweg ausschließen; da weiters der Beklagte gegen die sein vermeintliches Recht offenbar beeinträchtigende Culturveränderung die Besitzstörungsklage in der gesetzlichen Frist von 30 Tagen (kaiserl. Patent vom 27. October 1849, §. 2) nicht angebracht hat, mithin Anfangs Jänner 1869, als er mit einem beladenen Wagen über den aufgegrabenen, mit Reben bepflanzten Theil der Parcelle fuhr und dabei die Reben beschädigte und Weingartenstöcke abbrach, im Besitz des Rechtes, über

jenen Theil zu fahren, nicht mehr gewesen ist; und da es sich endlich nach §. 5 des citirten Gesetzes im vorliegenden Fall nur um die Erörterung des letzten factischen Besitzes und der Störung desselben handelt, so mußte dem Klagebegehren stattgegeben werden.

Mit voller Aufrechthaltung dieser Motive und insbesondere mit Rücksichtsnahme auf den Umstand, daß der Beklagte die Frist zur Anstellung der Besitzstörungsklage zum Schutz des eigenen, durch die Culturveränderung von Seite des Klägers geschmälerten Besitzes versäumt hat, — bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz.

Nr. 3453.

Vereinbarte Ueberleitung des schriftlichen Processes in den summarischen: Nachwirkung für die Appellationsinstanz.

Entsch. v. 23. Juni 1869, Nr. 6769 (Best. des das Decr. des B. G. St. Marein v. 13. Jänner 1869, Nr. 5433, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 17. März 1869, Nr. 3089). G. Z. 1869, Nr. 87.

Es handelte sich um die in einem Civilproceß nach Verlauf der im Gesetz über das summarische Verfahren bestimmten achttägigen Frist gegen das erstgerichtliche Urtheil angebrachte Appellationsanmeldung und Beschwerde des Beklagten, welche in erster Instanz aufrecht verbeschieden, resp. dem Kläger zur Erstattung der Appellationseinrede zugestellt, vom O. L. G. jedoch in der Erwägung als verspätet abgewiesen wurde, daß der Kläger in der Replik zur Beseitigung des Mangels von Weisartikeln ausdrücklich das summarische Verfahren für den (bis dahin nach den Normen des ordentlichen Verfahrens geführten) Proceß beantragt und der Beklagte in der Duplik diesem Antrag zugestimmt hat; daß unter dem Ausdruck „Proceß“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zum mindesten das gesammte Erkenntnißverfahren, ohne Unterschied, ob derselbe in der ersten oder in einer höheren Instanz geführt wird, verstanden werden muß; daß die rechtlichen Folgen des in erster Instanz gewählten Verfahrens auch auf die Behandlung der Streitsache von Seite des höheren Richters von Einfluß sind, wie dies vom Beklagten selbst in seiner Appellationsbeschwerde durch die Bitte um „Aufhebung“ des erstgerichtlichen Urtheils und Vervollständigung der Verhandlung im Sinne des Gesetzes über das summarische Verfahren anerkannt wurde, und daß die Beseitigung des Mangels von Weisartikeln lediglich den Anlaß bildete, aus welchem vom Kläger im Interesse des Beklagten selbst die Wahl des summarischen Verfahrens angeboten und von diesem angenommen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung aus den vorstehenden Gründen derselben.

Nr. 3454.

Hemmung der Execution in Folge einer Excindirungsklage: Bescheinigung des Eigenthumes durch Berufung auf bedenkliche und verwerfliche Zeugen.

Entsch. v. 23. Juni 1869, Nr. 6964 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Litschau v. 29. April 1869, Nr. 1196 und des O. L. G. Wien vom 19. Mai 1869, Nr. 9167). G. H. 1870, S. 37.

Unter den auf Einschreiten des B bei den Eheleuten C und D gepfändeten Sachen war eine Kuh, deren Excindirung A als angeblicher Eigenthümer mittelst Klage gegen B begehrte, indem er zugleich um die Einstellung der Feilbietung allenfalls gegen Auflage einer Caution bat. A behauptete, die Kuh von E um 56 fl. gekauft zu haben, wofür er den Zeugenbeweis durch den Verkäufer E und durch die Executen C und D — Sohn und Schwiegertochter des Klägers — anbot; für die Identität der gekauften mit der gepfändeten Kuh berief er sich auf das Zeugniß der Executen allein. — Das Gericht erster Instanz bewilligte die Sistirung der Feilbietung ohne Auflage einer Caution und das O. L. G. bestätigte diesen Bescheid, weil die Berufung des A auf die Zeugen C, D und E, von welchen der Letztere unbedenklich ist, als eine hinlängliche Bescheinigung des Klagsanspruchs im Sinne des §. 3 des Hofdecr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889 betrachtet werden darf, besonders da aus dem Pfändungsprotokolle hervorgeht, daß A mit dem Exekuten C und D als Ausgedingsberechtigter in gemeinsamer Haushaltung lebt und das Eigenthum an der Kuh schon bei der Pfändung angemeldet hat, unter diesen Umständen daher die Einstellung der Execution auf die vindicirte Sache bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Eigenthumsstreites auch ohne Cautionsleistung zuläßig war. — B ergriff den a. o. Revisionrecurs, worin er geltend machte, daß unter „Bescheinigung" im Sinne des citirten Hofdecretes eine Urkunde verstanden werden müsse; daß die bloße Berufung auf Zeugen, von denen man nicht wisse, ob sie die Anführungen des Sistirungswerbers auch bestätigen werden, keineswegs als Bescheinigung überhaupt, vielweniger als „hinreichende" Bescheinigung angesehen werden könne; daß, die Richtigkeit der obergerichtlichen Ansicht angenommen, der Fall einer Cautionsbestellung niemals vorkommen könne, da jeder Sistirungswerber die Vorsicht gebrauchen würde, sich auf beliebige, selbst auf gar nicht existirende Personen als Zeugen zu berufen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit folgender Motivirung: Unter den hier obwaltenden Umständen, wo nämlich die gepfändete Kuh in der von A gemeinschaftlich mit den Executen benutzten Behausung der letzteren sich befand (was B selbst in dem Pfändungsgesuch angeführt hat) und A schon bei der Vornahme der Pfändung und Schätzung die Kuh als sein Eigenthum bezeichnete, ist in

der Ansicht der Untergerichte, daß die Berufung auf einen unbedenklichen und auf zwei verwerfliche Zeugen genüge, um in dem gegenwärtigen Falle die Sistirung der Execution bewilligen zu können, eine offenbare Ungerechtigkeit nicht zu erblicken.

Nr. 3455.

Sofortige Abweisung einer gegen den Vertretungsleister des Klägers gerichteten Widerklage.

Entsch. v. 30. Juni 1869, Nr. 7033 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Obrau v. 18. April 1869, Nr. 921 und des O. L. G. Brünn v. 26. Mai 1869, Nr. 6521). G. H. 1869, Nr. 377.

Der Klage des Cessionars A gegen B pct. Rechtfertigung einer Pfandrechtspränotation für eine Wechselforderung war C als Girant des Wechsels und als Cedent der Rechte aus der von ihm erwirkten Pränotation, zur Vertretungsleistung beigetreten. Bei dem Forum der Klage überreichte nun B eine nur gegen C, welcher diesem Forum nicht untersteht, gerichtete Widerklage, welche von dem angerufenen Gericht und aus den nachstehenden Gründen auch vom O. L. G. aufrecht verbeschieden wurde: Nach §. 1 der J. N. hat der Richter von amtswegen die Klage nur dann zurückzuweisen, wenn er seine Zuständigkeit offenbar nicht begründet findet. Da nun der Widerbeklagte C der Klage des A als Vertretungsleister somit als Streitgenosse beigetreten ist, da die Pränotation, deren Rechtfertigung begehrt wird, von C erwirkt wurde, und da die Widerklage sich ebenfalls auf jenen Wechsel bezieht, auf Grund dessen die Pränotation erwirkt worden ist, so konnte der Richter seine Gerichtsbarkeit nicht als offenbar ungegründet ansehen. Die Annahme der Widerklage ist daher gerechtfertigt und muß nach §. 2 J. N. dem Gegner das Anbringen der Incompetenzeinwendung überlassen werden.

Der oberste Gerichtshof hat die Widerklage a limine abgewiesen. Gründe: Der mit der sogenannten Widerklage belangte C ist in der gegen B angestellten Klage des A nicht als Kläger aufgetreten, sondern erscheint nur als Vertretungsleister. Diese seine Eigenschaft ist lediglich in dem zwischen A und ihm bestehenden Rechtsverhältnisse begründet und ändert nichts an dem Anspruch des A gegen B. A bleibt immer allein der Kläger und durch den Beitritt zu diesem Proceß ist B nicht Eigenthümer der von A eingeklagten Forderung geworden und der Vertretungsleister kann daher nicht als Streittheil angesehen werden. Es ist somit der Fall einer Widerklage nicht vorhanden, und da dies offenbar vorliegt, wie auch der Umstand, daß C der Gerichtsbarkeit des Forums der Klage des A für seine Person nicht untersteht, so mußte die als Widerklage angebrachte Klage ab- und an das competente Gericht gewiesen werden.

Nr. 3456.

Unwirksamkeit des Beharrens des Vertretungsleisters auf der Appellation nach erfolgtem Rücktritt des Vertretenen.

Entsch. v. 30. Juni 1869, Nr. 7154 (Best. des das Decr. des B. G. Schwechat v. 22. März 1869, Nr. 309, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 28. April 1869, Nr. 8042). G. Z. 1869, Nr. 93.

A hatte die Testamentserben auf Zahlung eines ihm zugedachten Vermächtnisses belangt. Dieselben erstatteten die Einrede, und zwar gemeinschaftlich mit B, als freiwilligem Vertretungsleister, welcher als solcher in den Proceß eintrat, weil er den Geklagten gegenüber die Berichtigung aller, daher auch des nun eingeklagten Legates übernommen habe, also von ihnen diesfalls in Anspruch genommen werden könne. Die Geklagten appellirten gemeinschaftlich mit dem Vertretungsleister gegen das in dieser Sache ergangene ihnen ungünstige Urtheil, erklärten aber später allein, von dieser Appellation wieder abzustehen, während B in einer besonderen Eingabe dieselbe für sich aufrecht erhielt und bat, sie dem Kläger zur Erstattung der Appellationseinrede zuzustellen, was die erste Instanz auch that. — Auf den Recurs des Klägers hob das O. L. G. den erstgerichtlichen Bescheid auf und verordnete die Rückstellung der Appellationsbeschwerden an die Geklagten. — Dagegen ergriff B den Revisionsrecurs, und brachte unter Anderem an: Der §. 59 a. G. O. gestattet, daß der Vertretungswerber den Proceß mit dem Vertretungsleister einverständlich und zugleich führe, oder die Führung desselben dem letzteren allein überlasse. In letzterem Falle ist dieser doch offenbar selbstständige Proceßpartei und nicht blos Mandatar, der zu gewissen Proceßhandlungen, wie zu Eiden, gar nicht zugelassen werden darf, was doch beim Vertretungsleister der Fall ist. Würde er seiner Zeit von den Geklagten auf Schadloshaltung belangt, so müßte er das in dem Processe ergangene Urtheil gegen sich gelten lassen, obschon ihm die Appellation dagegen entzogen wurde.

Der oberste Gerichtshof gab diesem Recurse nicht statt in der Erwägung, daß B in dem Processe nicht als Mitgeklagter, sondern nur als Vertretungsleister erscheint, der nur auf das Begehren oder mit Zustimmung der Geklagten dabei einschreiten konnte, daß er keine selbstständige Stellung im Processe einnahm, daher nach Aufgebung desselben von Seite der eigentlichen Geklagten ihn fortzusetzen nicht berechtigt war, und daß es ihm unbenommen bleibt, wenn er von den Geklagten um Schadloshaltung angegangen wird, jene Einwendungen vorzubringen, die er aus deren Rücktritt von der Appellation ableiten zu können glaubt.

Nr. 3457.

Einführung in den Besitz des zwangsweise verkauften Theiles eines Gebäudes: Unzulässigkeit der Theilung der Sache im Executionswege.

Entsch. v. 30. Juni 1869, Nr. 7206 (Best. des das Decr. des B. G. Schluckenau v. 23. Februar 1869, Nr. 620, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 4. Mai 1869, Nr. 14538). G. Z. 1869, Nr. 67.

Dem A war die Einverleibung des Eigenthumsrechtes an der im Executionswege ihm verkauften Hälfte eines Scheuergrundes mit der darauf stehenden Scheuerhälfte bewilligt worden. Auf Grund des §. 303 a. G. O. stellte nun A die Bitte, 1. ihn in den Besitz dieser Scheuerhälfte im Executionswege unter gerichtlichem Beistande einführen zu lassen, 2. unter Zuziehung von Sachverständigen die Abtheilung dieser ihm gehörigen Scheuerhälfte von dem fremden Raum zu veranlassen und hievon die Eigenthümer der andern Hälfte zu verständigen. — Das Gericht erster Instanz bewilligte das Gesuch des A vollständig. — Das O. L. G. hingegen bewilligte nur die ad 1 gestellte Bitte und bemerkte, daß die ad 2 begehrte Abtheilung der zweien Personen gehörigen unbeweglichen Sache nur im Rechtswege ausgetragen werden kann. — In dem gegen diesen Bescheid ergriffenen Recurse führte A aus, es sei nicht abzusehen, wie ihm der Besitz dieser Scheuerhälfte eingeräumt werden kann, wenn ihm nicht der Raum angegeben wird, der fortan seiner Verfügung unterliegt. Die Einführung in den Besitz, welche eine Folge des executiven Kaufes ist, sänke zu einer bloßen bedeutungslosen Förmlichkeit ohne praktischen Werth herab, wenn ihm nicht zugleich ein Raum angewiesen wird, in welchem er thatsächlich die eine Scheuerhälfte als die seinige behalten und behandeln kann. Die Ansicht des O. L. G. führe dahin, daß die ganze Executionsführung fruchtlos war und er von Neuem den Rechtsweg betreten muß, um möglicher Weise einen materiellen Erfolg gegen den Executen zu erzielen, der nur dann denkbar ist, wenn die ganze Scheuer vermittelst richterlicher Feilbietung verkauft wird. Dies müßte mittelst einer Klage geltend gemacht werden, welcher nach §. 843 a. b. G. B. nur dann stattgegeben würde, wenn die Scheuer entweder gar nicht oder nicht ohne beträchtliche Verminderung des Werthes getheilt werden könnte. Letzteres zu bestimmen, ist eben Aufgabe der Sachverständigen. Diese Angelegenheit stünde somit nach durchgeführtem kostspieligen und langwierigen Processe genau so, wie gegenwärtig, wozu noch kommt, daß, falls sich die Sachverständigen dann für die Theilbarkeit aussprechen, die Klage abgewiesen würde und ihm kein Rechtsmittel mehr zustände, sein Recht geltend zu machen.

Der oberste Gerichtshof verwarf jedoch den Recurs, weil mit der Uebergabe der versteigerten Sache und Einführung des Erstehers

in den Besitz derselben, wie sie sich zur Zeit der Versteigerung befindet, die Thätigkeit des Executionsrichters bezüglich der ersteigerten Sache nach §. 339 a. G. O. und §. 1061 a. b. G. B. ihr Ende erreicht hat und die Vornahme weiterer Vorkehrungen, folglich auch die Abtheilung eines Theiles einer gemeinsamen Sache von dem fremden Theile, dem gütlichen Einvernehmen der Interessenten oder der gerichtlichen Auseinandersetzung derselben anheimgestellt bleiben muß.

Nr. 3458.

Sistirung der Execution wegen einer Excscindirungsklage: Unzulässigkeit der Feilbietung der Pfandsache wegen Kostspieligkeit ihres Unterhaltes.

Entsch. v. 30. Juni 1869, Nr. 7386 (Best. des das Decr. des B. G. Bruck a. d. Leitha v. 4. Mai 1869, Nr. 1540, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Mai 1869, Nr. 9805). G. H. 1870, S. 42.

Obgleich die Sistirung der Execution auf ein bei C gepfändetes Pferdegespann nebst Wagen in Folge Einschreitens des Excscindirungsklägers B rechtskräftig verordnet worden war, bewilligte das Executionsgericht das Gesuch des Executionsführers um die Feilbietung der bei ihm eingestellten gepfändeten Pferde mit analoger Anwendung des §. 288 a. G. O., welcher im Fall, als die mit Verbot belegten Güter so beschaffen wären, daß ihr Unterhalt zu viel kostet, den Verkauf durch gerichtliche Versteigerung gegen gerichtlichen Erlag des Feilbietungserlöses gestattet, — weil dieses Verfahren in der Execution um so mehr zulässig sein müsse, als in dem Fall des Verbotes, wo es sich um den Schutz von Rechten handelt, die erst zu erweisen sind. — Das O. L. G. verwarf das Begehren des Executionsführers, indem es die Anwendung des §. 288 a. G. O. wegen der dem Excscindenten bereits rechtskräftig bewilligten Einstellung der Execution ausschloß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aus demselben Grunde die Entscheidung der zweiten Instanz.

Nr. 3459.

Weigerung des Miethers, nach erfolgter Kündigung Miethlustigen die Besichtigung der gemietheten Räume zu gestatten: Anwendbarkeit des Verfahrens in Bestandstreitsachen.

Entsch. v. 30. Juni 1869, Nr. 7430 (Best. des das Decr. der Stadtprätur Triest v. 29. Mai 1869, Nr. 14062, abänd. Decr. des O. L. G. Triest vom 5. Juni 1869, Nr. 3197). Gazz. del Trib. 1869, Nr 15. G. Z. 1871, Nr. 30.

A, Vermiether eines Ladens in Triest, überreichte bei der Stadtprätur (städt.-deleg. B. G.) gegen den Miether B ein Gesuch,

worin er unter Vorlage seiner dem B zugestellten und von diesem nicht angefochtenen Aufkündigung der Miethe Folgendes anführte: Um für den Laden wieder einen Miethsmann zu bekommen, sei es nöthig, daß die etwa darauf reflectirende Partei früher die Localität sich ansehen könne. Deshalb habe er den B aufgefordert, eine solche Besichtigung, dem in Triest von jeher bestehenden Gebrauche gemäß, zu gestatten. Da sich nun B dessen weigerte, so stelle er die Bitte, daß demselbem unter Androhung einer Geldstrafe von 25 fl. der Widerstand gegen die Besichtigung des Ladens, insbesondere gegen das Messen der Wände und der Höhe desselben verboten werde. Zur Begründung seines Rechtes, die Hilfe des Richters, in specie des örtlichen B. G. und zwar in der Form eines Gesuches, anstatt auf dem Wege der Klage, in Anspruch zu nehmen, berief sich A auf die §§. 1 und 14 der kaiserl. Verordn. vom 16. Nov. 1858, R. G. Bl. Nr. 213, über das gerichtliche Verfahren bei Streitigkeiten aus Bestandverträgen. — In erster Instanz wurde das Gesuch a limine abgewiesen. Das O. L. G. hingegen verordnete die Annahme und aufrechte Verbescheidung desselben, weil nach dem §. 1 der citirten Verordnung alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen, sowie alle Verfügungen über Aufkündigung und Zurückstellung der in Bestand genommenen Sachen zur Competenz des betreffenden städt.=deleg. B. G. (Stadtprätur), mit Ausschließung der politischen und Administrativbehörden, gehören. — In dem dagegen ergriffenen Revisionsrecurse wurde von B ausgeführt, daß dem §. 1 der erwähnten Verordnung auch bei der ausgedehntesten Gesetzauslegung der im Gesuche des A vorgebrachte Fall schlechthin nicht unterstellt werden kann, weil das Begehren des A weder aus dem Bestandvertrage oder aus dessen Aufkündigung sich herleitet, noch eine Verhandlung oder sonstige Verfügung über die Aufkündigung oder Zurückstellung der Bestandsache betrifft; daß dasselbe eben so wenig auf den §. 14 der citirten Verordnung gegründet werden kann, weil von einem nachtheiligen Gebrauche des vermietheten Ladens von Seite des Recurrenten keine Rede ist; daß der Anspruch des A vielmehr dahin geht, dem Miether eine neue ungerechte Verpflichtung aufzulegen, ihn im vertragsmäßigen Gebrauche der Miethsache zu beschränken und zu stören (§§. 1096, 1098 a. b. G. B.), auf executivem Wege im geraden Gegensatze zu dem Gebrauchsrechte des Miethers gegen ihn ein Recht zu erzwingen, welches dem Vermiether von keinem Gesetze eingeräumt ist noch eingeräumt werden kann, da die Verpflichtung, die A dem Recurrenten gegenüber in Anspruch nimmt, ihrer Natur nach nur eine moralische ist, um deren Erzwingung daher der Richter gar nicht angerufen werden kann; daß, wenn etwa aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit die Besichtigung von vermietheten Räumen begehrt wird, die politische Behörde diesfalls anzugehen ist.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit einfacher Bezugnahme auf die Begründung der zweiten Instanz.

Nr. 3460.

Verweisung des Testamentserben zur Klage gegen den die Echtheit der Unterschrift des Erblassers bestreitenden gesetzlichen Erben.

Entsch. v. 1. Juli 1869, Nr. 7039 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. Steyr v. 10. März 1868, Nr. 417 und des O. L. G. Wien v. 21. April 1869, Nr. 7231). G. H. 1869, S. 348.

In dem Fall der Collision von Erbserklärungen ex lege und ex testamento haben beide Untergerichte die gesetzlichen Erben zur Erbrechtsklage verwiesen, weil dieselben, indem sie sowohl das Vorhandensein der gesetzlichen Förmlichkeiten an dem Testament, als auch die Echtheit der Unterschrift des Testators bestritten, die Rechtswirkung der letzwilligen Anordnung in Frage stellten, folglich, da sie ihre Ansprüche lediglich auf die gesetzliche Erbfolge gründen, nach §. 126 des Patents vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 auf den Rechtsweg zu verweisen waren.

Der oberste Gerichtshof entschied im entgegengesetzten Sinn in Erwägung, daß bei dem Widerspruch der gesetzlichen Erben gegen die Echtheit der Unterschrift des Testators, den Testamentserben vorerst obliegt, das Bestehen einer zu ihren Gunsten gemachten testamentarischen Verfügung zu beweisen.

Nr. 3461.

Theilungsklage: Streit über die Identität der zu theilenden Gegenstände im Executionsstadium.

Entsch. v. 1. Juli 1869, Nr. 7044 (Best. des Decr. des O. L. G. Triest v. 28. April 1869, Nr. 2277). Gazz. d. Trib. 1869, Nr. 19. G. Z. 1871, Nr. 26.

In der Theilungsklage des A gegen B wurde angeführt, daß der Vater des Klägers und jener des Beklagten (deren Erben die beiden Proceßparteien sind) die in der Klagebeilage beschriebenen Güter durch mehr als 30 Jahre gemeinschaftlich in Besitz hatten, und wurde nach Anbietung eines Zeugenbeweises über den langjährigen Besitz um das Erkenntniß gebeten: daß B mit dem Kläger die Theilung der in der Klagebeilage beschriebenen Güter in gleiche Hälften vorzunehmen habe, widrigens die Theilung durch eine Gerichtscommission auszuführen wäre, und daß B schuldig sei, nach vollzogener Theilung eine von den Hälften nebst den Früchten dem A herauszugeben. Von dem Beklagten wurde unter anderem eingewendet, daß das dem Klagebegehren vollkommen stattgebende Urtheil des Richters nicht vollstreckbar sein würde, weil in der Klagebeilage die

Güter, deren Theilung verlangt wird, nur nach der Gattung ihrer Cultur und nach der Oertlichkeit aufgeführt sind und kein Merkmal angegeben ist, um sie von anderen in der gleichen Oertlichkeit belegenen Gütern der nämlichen Culturgattung unterscheiden zu können, so daß man bei der Theilung vor der noch ungelösten Frage stände, welche Güter getheilt werden sollen. Gegen dieses Bedenken replicirte der Kläger, daß eine genauere Bezeichnung der Theilungsobjecte deshalb unnöthig sei, weil die von ihm (über den 30jährigen Besitz) angeführten Zeugen, als die nächsten Nachbarn der fraglichen Grundstücke, dieselben genau kennen und daher in der Lage seien, bei ihrer Vernehmung alle desfalls nothwendigen Aufklärungen geben zu können. Um aber jeder Möglichkeit eines Zweifels über die Identität der Güter vorzubeugen, stellte der Kläger noch den Antrag auf Vornahme des Zeugenverhörs an Ort und Stelle, damit von den Zeugen jedes einzelne Gut, welches der aufzulösenden Gemeinschaft unterworfen war, der Gerichtscommission bezeichnet werden könne. Das Beiurtheil entsprach diesem Antrag; allein trotzdem unterblieb die Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle, weil an dem hiezu bestimmten Tag einer von ihnen durch Krankheit von dem Erscheinen abgehalten wurde und in Folge dessen der Kläger auf das Verhör an Ort und Stelle überhaupt verzichtete. Die beiden Zeugen wurden sonach im Gerichtsorte vernommen; sie waren aber nicht in der Lage, die von A in der Replik in Aussicht gestellten Aufklärungen zu geben und bezeugten nur den gemeinschaftlichen Besitz der in der Klagebeilage aufgeführten Güter, ohne in Betreff derselben auch nur das geringste Merkmal beizufügen. — Auf Grund dieses Beweisverfahrens fällte die erste Instanz das vom obersten Gerichtshofe bestätigte Endurtheil, wodurch dem Klagebegehren vollständig stattgegeben wurde. — Auf das Gesuch des Klägers um Vollstreckung des Erkenntnisses resp. um Vornahme der Theilung durch eine Gerichtscommission, begab sich die hiezu bestimmte Commission an Ort und Stelle und errichtete über die Theilung ein Protokoll, worin es heißt, daß die Commission nach den Angaben des Klägers alle in der Klagebeilage bezeichneten Güter abgegangen sei. Darauf folgt im Protokoll die Beschreibung und die Schätzung dieser Güter. Dann heißt es weiter, daß der Beklagte die Identität der vom Kläger bezeichneten Güter mit jenen der Klagebeilage in Abrede stellte, deßhalb aufgefordert wurde, der Commission die in der Klagebeilage bezeichneten Grundstücke anzugeben, allein nicht in der Lage war, irgend eine Aufklärung darüber zu ertheilen; daß der Kläger hierauf versicherte, mit aller Genauigkeit die in der Klagebeilage beschriebenen Objecte der Commission bezeichnet zu haben, welche nun, da kein Grund vorlag, die Richtigkeit dieser Angaben in Zweifel zu ziehen, dem Kläger die Grundstücke . . . als seine Hälfte anwies. Darauf folgt in dem Protokolle die Bestimmung der Grenzen der dem Kläger zugetheilten

Güter, die Bestätigung der an ihn geschehenen Uebergabe derselben und zum Schluß die Bemerkung, daß der Beklagte unter Wiederholung seines Widerspruchs gegen die Identität der Güter die Unterzeichnung des Protokolls verweigerte. — Gegen diesen Theilungsact recurrirte B an das O. L. G., weil die Identität der zu theilenden Objecte mit den in der Klagebeilage angeführten Grundstücken, anstatt durch die mit dem Interlocut angeordnete, allein unterbliebene Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle festgestellt zu werden, unbefugterweise von dem Richter im Executionsverfahren ausgesprochen wurde. Der Recurrent begehrte demnach, daß die vorgenommene Theilung vernichtigt und der Kläger zur Herstellung des ihm obliegenden Identitätsbeweises auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen werde. — Das O. L. G. verwarf den Recurs, weil ein Zurückgehen auf die Prüfung des in der Klagebeilage enthaltenen Verzeichnisses der Güter und auf den Zeugenbeweis unnütz sei, nachdem der entscheidende Erfolg des Zeugenbeweises, durch welchen bestätigt wurde, daß die Klagebeilage in der That die gemeinschaftlichen, der Theilung unterliegenden Grundstücke enthält, mittelst rechtskräftiger Urtheile bereits anerkannt worden ist, und weil die in Vollstreckung dieser Erkenntnisse vorgenommene Theilung jenes Verzeichniß eben zur Grundlage hatte und von dem Recurrenten nicht einmal behauptet viel weniger bewiesen wurde, daß in diese Theilung Grundstücke aufgenommen worden seien, welche in dem gedachten Verzeichnisse nicht enthalten sind.

Dagegen ergriff nun B den Revisionsrecurs, welcher vom obersten Gerichtshof mit Bezugnahme auf die obergerichtlichen Motive und in der weiteren Erwägung abgewiesen wurde, daß im Executionsverfahren nicht entschieden werden kann, ob in die durch die richterlichen Erkenntnisse anbefohlene Theilung der in der Klagebeilage beschriebenen gemeinschaftlichen Güter auch Grundstücke, die in jenem Verzeichnisse nicht enthalten sind, einbezogen worden seien, sondern daß dem Recurrenten obliegt, seine etwaigen Ansprüche auf Güter, welche in Vollstreckung der voraufgegangenen richterlichen Urtheile der Gegenpartei zugewiesen wurden, gegen dieselbe auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen.

Nr. 3462.

Besitz an Rechten: Störung in der Ausübung eines Miethrechtes.

Entsch. v. 1. Juli 1869, Nr. 7124 (Best. des das Decr. des B. G. Bleiburg v. 10. April 1869, Nr. 1126, abänd. Decr. des O. L. G. Graz vom 7. Mai 1869, Nr. 5308). G. Z. 1869, Nr. 84.

Die Stadtgemeinde Bleiburg, welche dem A im Jahre 1867 die zweite städtische Fleischbank vermiethet hatte, ließ am 20. März

1869 die von A verschlossen gehaltene Thür der Fleischbank öffnen, das Schloß wegreißen und das Locale einem andern Fleischhauer als neuem Miether übergeben. Dieses Verfahren bestimmte den A zur Anstellung einer Besitzstörungsklage gegen die Gemeinde, worin er auf das Erkenntniß antrug, daß ihn die Beklagte im factischen Besitz des miethweisen Benützungsrechtes bezüglich der zweiten städtischen Fleischbank gestört habe und schuldig sei, sich weiterer Störung zu enthalten und sofort den vorigen Stand herzustellen. Die Anführungen des Klägers wurden von der Beklagten zugestanden; sie behauptete aber, daß am 20. März 1869 das Miethverhältniß mit demselben bereits erloschen war. — Das Gericht erster Instanz verwarf die Besitzstörungsklage, da es von der Ansicht ausging, daß A in dem vorliegenden Fall, wo es sich um die Verletzung seines Miethrechtes durch die Mitcontrahentin handelt, gegen dieselbe nur mit der Contractsklage auftreten kann. — Das O. L. G. entschied aus den folgenden Gründen zu Gunsten des Klägers: Nach den §§. 311—313 a. b. G. B. können auch Miethrechte, durch welche selbstverständlich das Besitzrecht des Eigenthümers und Vermiethers an dem Miethobject beschränkt wird, in Besitz genommen werden. Da nun der Kläger seit Allerheiligen 1867 die der geklagten Gemeinde gehörige zweite Fleischbank gegen Zahlung jährlicher 12 fl. 60 kr. an die Gemeinde für sein Geschäft als Fleischhauer miethweise benützt hat und noch am 20. März 1869 in diesem Benutzungsrecht gestanden ist, die Beklagte aber zugesteht, an letzterem Tage eigenmächtig die verschlossene Thür der Fleischbank eröffnet, das Schloß abgerissen und die Localität einem Dritten in Miethe übergeben zu haben, und da sie durch diesen nach §. 19 und 339 a. b. G. B. unzulässigen Act der Selbsthilfe den Kläger im factischen Besitz des Mieth- resp. Benützungsrechtes bezüglich der Fleischbank gestört hat, so mußte nach dem kaiserl. Patent vom 27. Oct. 1849 R. G. Bl. Nr. 12, dem Klagebegehren stattgegeben werden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die oberlandesgerichtliche Entscheidung mit Berufung auf die Gründe derselben.

Nr. 3463.

Hemmung der Execution wegen eines durch Zeugenangaben bei der Pfändung bescheinigten Exscindirungsanspruches.

Entsch. v. 1. Juli 1869, Nr 7183 (Best. des Decr. des B. G. Triest vom 27. März 1869, Nr. 7785, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest v. 22. April 1869, Nr. 2109). G. H. 1869, S. 300.

Ferdinand A vindicirte mit der Exscindirungsklage die auf Einschreiten des B bei C gepfändeten Mobilien mit Berufung auf die

in der producirten Pfändungsrelation angeführte Erklärung von zwei bei der Pfändung gegenwärtig gewesenen Personen, daß die Mobilien „einem Herrn A“ (ohne Angabe des Vornamens) gehören. Zugleich begehrte A die Suspension der bereits angeordneten executiven Feilbietung, welche vom O. L. G. verweigert, in erster und dritter Instanz bewilligt wurde. Der oberste Gerichtshof begründete seine Entscheidung damit, daß die in der Pfändungsrelation erwähnte Bestätigung von zwei anwesenden Zeugen, daß die fraglichen Effecten dem Recurrenten (A) gehören, immerhin als eine ausreichende Bescheinigung seines Eigenthumsanspruchs zu betrachten ist, und daß mit der Vornahme der Feilbietung ein unwiderbringlicher Nachtheil zugefügt würde, weßhalb die Innehaltung mit diesem Executionsschritt im Sinne des Hofdecr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889 gerechtfertigt ist.

Nr. 3464.

Voraussetzungen der außerbücherlichen Ersitzung einer Servitut.

Entsch. v. 2. Juli 1869, Nr. 5801 (Best. des Urth. des B. G. Rackal vom 20. März 1868, Nr. 268, Abänd. des Urth. des O. L. G. Graz vom 29. Dec. 1868, Nr. 15675). G. H. 1869, S. 300.

In der confessorischen Klage des A wurde das Erkenntniß begehrt, daß der Beklagte B schuldig sei, die von A und dessen Vorfahren durch Ersitzung erworbene Servitut der Benützung des vom Wald des Klägers über den Weingarten des Beklagten zur Niederung hinabführenden Weges und der Holzriese anzuerkennen und deren Ausübung zu gestatten. — Beide Untergerichte hielten den durch Zeugen geführten Beweis der durch mehr als 30 Jahre fortgesetzten Ausübung des im Grundbuch nicht intabulirten Rechtes für hergestellt und die Erwerbung der Servitut durch Usucapion, mit Einrechnung der Besitzzeit der Vorgänger des Klägers §. 1493 a. b. G. B. für bewiesen. Trotzdem wurde der Beklagte in erster Instanz klagefrei gesprochen, weil dessen passive Sachlegitimation, resp. der Besitz des dienenden Gutes, von ihm abgeleugnet und vom Kläger nicht bewiesen worden sei, — wogegen das O. L. G. diesen Umstand als festgestellt betrachtete und dem Klagebegehren statt gab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz, jedoch aus folgenden Gründen: A stützt seinen Klageanspruch auf Ersitzung. Es fehlt ihm aber jeder Besitz, ohne welchen es auch keine Ersitzung gibt. Er spricht die Ersitzung einer Servitut als Besitzer eines Waldes an, den er im Jahre 1866 erworben hat. Die angesprochene Servitut ist kein Gegenstand des grundbücherlichen Besitzes, da sie im Grundbuche weder bei dem herrschenden noch bei dem die-

nenden Gut eingetragen ist. A ist also nicht grundbücherlicher Besitzer der Servitut. Er ist aber auch nicht außerbücherlicher Besitzer derselben. Denn nach seiner eigenen Anführung hat B schon im Jahre 1860, also sechs Jahre bevor A die angeblich herrschenden Realitäten erwarb, dort, wo A Weg und Riese benützen will, einen Weingarten angelegt und dadurch die Benützung, den Besitz der Servitut gestört und aufgehoben. Zur Zeit, als A seine Realitäten erwarb, war daher mit deren Besitz die Ausübung der Servitut nicht mehr verbunden. Wenn seine Vorgänger in früheren Jahren die Servitut gegen B in der That ersessen hätten, blieb das Recht dazu doch nur ein persönliches Recht, welches auf A nicht überging, weil einerseits auf ihn persönlich dasselbe nicht übertragen wurde und andererseits seine Vorgänger den Besitz des Rechtes durch Nichtuntersagung der Störung aufgegeben hatten, als sie dem A jene Realitäten veräußerten, so daß der bereits aufgegebene Besitz auf ihn nicht übergehen konnte. — Der §. 1493 a. b. G. B. läßt keinen Zweifel zu, daß derjenige, welcher die Ersitzungszeit seines Vorgängers einrechnen will, selbst im Besitz sein muß. B hat sechs Jahre vor Anstellung der Klage einen Weingarten angelegt, wo vormals Weg und Riese gegangen sein sollen, und hat hiemit dieselben thatsächlich ohne Einsprache aufgehoben; seine Liegenschaft ist laut Grundbuchs servitutfrei, und wenn sie es einige Zeit factisch nicht gewesen wäre, so hatte B jene Servitutfreiheit nach §. 1469 a. b. G. B. bereits längst ersessen und war die Servitut des A nach §. 1488 ebendort längst verjährt, als er in den Besitz des angeblichen herrschenden Gutes trat. Da somit A niemals, weder mittelbar noch unmittelbar in den Besitz der angesprochenen Servitut gekommen ist, so konnte er sie auch nicht ersitzen, und er kann auch nicht den Besitz seiner Vorgänger geltend machen, welcher zur Zeit, als ihm das Gut übergeben wurde, nicht mehr bestanden hat.

Nr. 3465.

Umfang des im Falle der Wiedereinsetzung gegen die Versäumniß der Frist zum Eidesantritt dem Wiedereingesetzten obliegenden Kostenersatzes.

Entsch. v. 7. Juli 1869, Nr. 7037 (Best. des das Decr. des B. G. Raab v. 29. April 1869, Nr. 668, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Mai 1869, Nr. 9944). G. Z. 1869, Nr. 82.

Die Antretung des Erfüllungseides, zu welchem der Kläger A zugelassen worden war, wurde auf den Recurs des Beklagten B gegen die erstgerichtliche Annahme derselben als verspätet zurückgewiesen. — Darauf begehrte A die Wiedereinsetzung behufs Antre-

tung des Eides, welche ihm in erster Instanz bewilligt wurde. Zugleich verfällte ihn aber das Gericht in den Ersatz sowohl der Kosten des Restitutionsverfahrens als auch der dem Gegner durch die Versäumung der Eidesantretungsfrist verursachten Kosten (des von B gegen die Annahme der Eidesantretung ergriffenen Recurses), weil die letzteren Kosten nur die Folge des Versäumnisses waren, gegen welches A restituirt wird, weil sie dem B ohne Verschulden erlaufen sind und demselben, im Falle der Eidesablegung durch den Kläger, kein Rechtsmittel mehr zu deren Einbringung von demselben offen steht. — Das O. L. G. beschränkte die Verfällung des A zum Kostenersatz auf die Kosten des Restitutionsverfahrens, weil auf den Ersatz der anderen Kosten im Wiedereinsetzungsstreite ein Begehren nicht gestellt werden konnte, und weil der Ersatz derselben nur auf Grund des Versäumnisses des A gefordert wurde, dem A aber ein Verschulden an der Versäumung der Eidesantretungsfrist nicht zur Last fällt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus denselben Gründen.

Nr. 3466.

Behandlung des Ausgedings bei der Meistgebotsvertheilung: Umwandlung der Natural-, in Geldleistung.

Entsch. v. 7. Juli 1869, Nr. 7288 (Best. des Decr. des B. G. Unhoscht v. 31. Dec. 1868, Nr. 5209, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 6. April 1869, Nr. 10217). G. H. 1870, S. 318.

In der Vertheilung des Meistgebots auf eine im Executionsweg verkaufte Liegenschaft wurde in erster Instanz der ausgedingsberechtigten A das Bedeckungscapital bei dem Käufer B mit der Bestimmung zugewiesen, daß sie zeitlebens die 6% Zinsen dieses Capitals von B zu beziehen hat. — Das O. L. G. hingegen entschied, daß der Käufer statt der Zinsen des Bedeckungscapitals, das Ausgeding der A in natura zu leisten habe, weil das Bedeckungscapital nur zur Vertheilung des Kaufschillings ermittelt wurde, das Pfandrecht der A für den ihr zustehenden Bezug des Naturalausgedinges damit nicht erloschen und die A daher berechtigt sei, dasselbe von B als Eigenthümer der Pfandsache zu fordern, ohne sich mit den Zinsen des Bedeckungscapitals zufrieden stellen zu müssen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid in Erwägung, daß in den zur Rechtskraft erwachsenen Feilbietungsbedingnissen die Bestimmung, daß der Ersteher das Ausgeding der A in natura zu entrichten habe, nicht aufgenommen worden ist, daß folglich der Ersteher für die Befriedigung dieses auf der erstandenen

Sache intabulirten Rechtes nur mit dem an die Stelle der Liegenschaft tretenden Kaufschilling zu haften hat und die Befriedigung von der Ausgedingberechtigten auch nur in dem Meistgebot gesucht werden kann.

Nr. 3467.

Verweigerung eines Armenvertreters bei Streitsachen, für welche der Anwaltszwang nicht gilt.

Entsch. v. 7. Juli 1869, Nr. 7604 (Best. des Decr. des n. ö. Advocatenkammerausschusses v. 4. Mai 1869, Nr. 1207, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Mai 1869, Nr. 9716). G. Z. 1869, Nr. 94.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der n. ö. Advocatenkammer, womit das Gesuch des A, um Aufstellung eines unentgeltlichen Vertreters zur Durchführung eines Erbrechtsstreites bei dem Bezirksgerichte Waidhofen a. d. Ybbs zurückgewiesen wurde, weil in Waidhofen a. d. Ybbs sich nur ein Advocat befindet, daher zufolge Min.-Verordn. vom 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122, bei dem dortigen Gerichte schriftliche Eingaben auch ohne Fertigung eines Advocaten überreicht werden können, somit nach §. 16, Abs. 2 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl., Nr. 96, kein Advocat verpflichtet ist, die Vertretung des Gesuchstellers unentgeltlich zu besorgen.

Nr. 3468.

Kaufsabschluß und Eigenthumserwerb durch einen stillen Stellvertreter.

Entsch. v. 8. Juli 1869, Nr. 4470 (Best. des Urth. des L. G. Wien vom 19. Mai 1868, Nr. 21451, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 24. Dec. 1868, Nr. 20039). G. Z. 1869, Nr. 78.

Die A vindicirte in dem Concurs ihres Ehegatten B 13 in die Masse gezogene Gemälde, indem sie zum Beweis ihres Eigenthums die Zeugenschaft des C, von welchem sie selbst die Gemälde gekauft habe, und ihren Erfüllungseid anbot. Der durch Beiurtheil zugelassene Zeuge C sagte aus, daß nicht die A, sondern B die Gemälde kaufte, daß, als er ein paar Tage später durch seinen Commis die Zahlung begehren ließ, dieser ihm die Nachricht brachte, er möge über den Preis eine auf die A lautende Rechnung senden, und daß, als er dieses that, sogleich die Zahlung erfolgte. Wer von beiden Gatten als Käufer zu betrachten sei, vermöge er nicht zu entscheiden.

— Das Gericht erster Instanz erkannte nach dem Klagebegehren unter der Bedingung des Erfüllungseides der A, daß sie die Gemälde von C für sich gekauft und ihm gezahlt habe. Das O. L. G. entschied auf Abweisung der Klage aus folgenden Gründen: Der Zeuge C hat nicht bestätigt, daß die A selbst die Käuferin der Gemälde und daß die Intervention ihres Mannes lediglich jene einer Mittelsperson gewesen sei. Der Zeuge beantwortete die Frage, wer die Gemälde übernommen habe, gar nicht; in Betreff des Kaufes und der Bezahlung gab er aber an, daß nicht die Klägerin, sondern ihr Gatte dieselben bei ihm gekauft, daß er ein paar Tage auf die Zahlung gewartet und sodann seinen Commis zu diesem Ende in die Wohnung gesendet habe, daß dieser von der Klägerin die Antwort erhalten habe, daß der Commis eine auf ihren Namen lautende Rechnung bringen soll, daß der Zeuge sofort durch den Commis die Rechnung geschickt und der Commis ihm das Geld mit dem Bedeuten gebracht habe, daß die Zahlung von der Klägerin geleistet worden sei; er könne demnach nicht beurtheilen, wer von Beiden als Käufer erscheine und rechtlich dafür zu halten sei. Der Zeuge hat somit aus eigenem Wissen bestätigt, daß B die Gemälde gekauft, d. i., daß er mit diesem gehandelt hat und über den Preis übereingekommen ist, und daß er gegen eine auf den Namen der Klägerin lautende Quittung durch seinen Commis den Kaufpreis erhalten hat. Die Frage: an wen die Uebergabe geschah, ließ Zeuge unbeantwortet; und daß Klägerin auf die Quittung die Zahlung leistete, hat er nicht selbst wahrgenommen, vielmehr konnte er sich nur auf seinen Commis berufen. Erklärt aber der Zeuge, daß er selbst nicht wisse, wen er unter diesen Umständen für den Käufer im gesetzlichen Sinne zu halten habe; erklärt er für unwahr, daß die Klägerin die 13 Gemälde von ihm gekauft habe, und weiß er auch selbst in Betreff der Zahlung nur, daß er den ausgehandelten Kaufschilling auf eine von ihm auf den Namen der Klägerin ausgestellte Quittung erhalten hat, so ist zweifellos, daß dadurch die erste halbe Probe darüber, daß die Klägerin von ihm — sei es selbst, oder durch die Intervention ihres Gatten — die fraglichen Gemälde gekauft habe, nicht hergestellt ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Aus der Aussage des Zeugen C geht hervor, daß durch den von B mit ihm verhandelten Kauf nicht Ersterer, sondern die A das Eigenthum der Bilder erwerben wollte, und es ist von keiner Bedeutung, daß B dieses nicht schon bei der Verhandlung und dem Abschlusse dem C sagte, dem es gleichgiltig sein konnte, für wen gekauft wurde, wenn er nur den Kaufpreis erhielt, und welchem gegenüber B jedenfalls in Haftung war, auch falls er für einen Dritten kaufte und diesen Umstand verschwieg. Es geschieht täglich, daß Bestellte für einen Besteller etwas kaufen, ohne im mindesten daran zu denken, die gekaufte Sache für sich selbst erwerben zu wollen, ja so-

gar bei gerichtlichen Feilbietungen erklärt der Meistbieter oft erst nachdem ihm das feilgebotene Object schon zugeschlagen, also der Kauf abgeschlossen worden ist, daß er für einen Dritten dasselbe erstanden habe. Nachdem also, wie gesagt, B zwar die Gemälde bei C ausgesucht und den Preis mit ihm vereinbart hat, so erscheint doch dadurch, daß Letzterem nur gegen eine auf die A, als Käuferin der von C veräußerten Bilder lautende Rechnung, der Preis gezahlt, und dadurch sie von C als die Käuferin thatsächlich anerkannt wurde, sie auch dem B und seiner Concursmasse gegenüber als solche, und muß daher ihr das Eigenthum der Bilder zuerkannt werden, wenn sie den Umstand, daß sie dieselben — sei es nun persönlich oder durch ihren Gatten — von C gekauft hat, beschwört.

Nr. 3469.

Gerichtliche Ertheilung der venia aetatis trotz des Widerspruches des Vaters.

Entsch. v. 14. Juli 1869, Nr. 7673 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 8. April 1869, Nr. 8772 und des O. L. G. Wien vom 3. Juni 1869, Nr. 10497). G. H. 1869, S. 292.

Die verehelichte A begehrte nach zurückgelegtem 20. Lebensjahre im Verein mit ihrer Mutter die Großjährigerklärung mit Alternachsicht wegen der von ihrem Vater verweigerten Entlassung aus der väterlichen Gewalt. — Beide Untergerichte haben das Gesuch abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof hat „in Erwägung, daß die Weigerung des ehelichen Vaters, sein Kind vor Zurücklegung des 24. Jahrs aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, den Minderjährigen nicht hindern kann, im Sinn und unter der Bedingung des §. 252 a. b. G. B. die Großjährigerklärung mit Altersnachsicht zu begehren; daß die A die Großjährigerklärung mit Altersnachsicht . . . . aus einem erheblichen Grund angesucht hat; daß zwar über dieses Ansuchen das Gutachten des ehelichen Vaters, der nach §. 175 a. b. G. B. ungeachtet der Verehelichung seiner Tochter in Hinsicht ihres Vermögens die Rechte und die Pflichten eines Curators behielt und daher auch auf die Entscheidung der Frage der Einräumung der freien Vermögensverwaltung den ihm zustehenden Einfluß zu üben hatte, nicht zu umgehen war, daß aber derselbe nichts angeführt hat, was gegen die Befähigung seiner Tochter zur eigenen Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten ein Bedenken zu erregen vermöchte", die A mit Altersnachsicht für großjährig erklärt.

Nr. 3470.

Unstatthaftigkeit der Umwandlung der ordentlichen Besitzklage (possessorium ordinarium) in die Besitzstörungsklage (possessorium summariissimum).

Entsch. v. 15. Juli 1869, Nr. 7537 (Best. des das Decr. des B. G. Laibach v. 12. Februar 1869, Nr. 1889, aufheb. Decr. des O. L. G. Graz vom 13. Mai 1869, Nr. 5420). G. Z. 1869, Nr. 86.

In possessorio summariissimo entschied die erste Instanz zu Gunsten des Klägers A, daß er vom Beklagten B im Besitze einer Wiese durch eigenmächtiges Abmähen derselben gestört worden sei. In Erwägung jedoch, daß das in der Klage des A vom 8. Juli 1868 gestellte Begehren auf Anerkennung der „Besitzrechte" desselben an der streitigen Wiese gerichtet und für dieses Petit das in erster Instanz darauf eingeleitete ordentliche mündliche Verfahren das gesetzliche war; daß der Kläger bei der auf den 11. September 1868 zur Verhandlung anberaumten Tagfahrt dieses Begehren in der Wesenheit abgeändert hat, indem er nun die Anerkennung seines factischen Besitzes der Wiese und die Enthaltung des B von jeder Störung desselben verlangte, somit die frühere ordentliche Besitzklage (possessorium ordinarium) in eine Besitzstörungsklage (possessorium summariissimum) umstaltete, wozu er an dem erwähnten Verhandlungstag nicht mehr berechtigt war, weil damals die im §. 2 des Gesetzes vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, bebestimmte Klagfrist von 30 Tagen mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des in der Klage vom 8. Juli 1868 angeführten Factums der vermeintlichen Besitzstörung schon längst verstrichen war; und daß dieses auf Besitzstörung gestellte Klagebegehren sogleich zurückzuweisen wäre, da die Schlußbestimmung des §. 2 des citirten Gesetzes von amtswegen zur Anwendung zu bringen ist und deren Anwendung auch nicht durch den Umstand, daß sich der Beklagte auf die Beantwortung dieser verspäteten Klage einließ, beseitigt wird, hat das O. L. G. die erstgerichtliche Entscheidung nebst der über das geänderte Klagebegehren (in Folge dieser Abänderung nach den für das possessorium summariissimum geltenden Normen) stattgefundenen Verhandlung aufgehoben und den A mit dem Begehren wegen gestörten Besitzes ab- und zur ordentlichen Besitzklage — possessorium ordinarium — verwiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Erlaß des O. L. G. aus dessen Gründen, weil das ursprüngliche Klagebegehren hauptsächlich die Anerkennung der Besitzrechte des Klägers an der streitigen Weise zum Zwecke hatte und deshalb darüber das ordentliche mündliche Verfahren eingeleitet wurde, das, davon abweichend, bei der Verhandlung vom 11. September 1868 auf die Störung des factischen Besitzes gestellte Begehren aber nach §. 2 des Gesetzes vom 27. Oct. 1849, Nr. 12, offenbar nicht mehr zeitgemäß und sofort auf den Rechtsweg zu verweisen war.

Nr. 3471.

Unzulässigkeit des Rückerlages der Klage wegen Incompetenz.

Entsch. v. 22. Juli 1869, Nr. 4561 (Best. des das Urth. des B. G. Wildenschwert v. 30. August 1865, Nr. 4400, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 2. Dec. 1868, Nr. 36720). G. Z. 1870, Nr. 58. G. H. 1870, S. 198.

Es handelte sich um die Frage, ob der Beklagte, welcher die Incompetenz des angerufenen Gerichtes behauptet, nach den Vorschriften des Proceßverfahrens aus diesem Grunde den Rückerlag der Klage geltend machen könne. — Die in erster Instanz bejahte Frage wurde von dem O. L. G. verneinend entschieden, aus folgenden Gründen: Es besteht kein Gesetz, welches den Beklagten wegen der vermeintlichen Unzuständigkeit des Gerichtes zur Verhandlung und Entscheidung der gegen ihn angebrachten Klage berechtigt, die letztere zurückzulegen. Im Gegentheil bestimmen die §§. 40 und 41 a. G O., dann die Hofdekrete vom 27. Juli 1792, Nr. 36, und vom 11. September 1794, Nr. 193 J. G. S., und der §. 2 des kais. Patentes vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251 (J. N.), ganz genau, wie der Beklagte vorzugehen hat, wenn er glaubt, daß dem Richter, bei welchem er geklagt wurde, die Gerichtsbarkeit nicht gebühre. Ihm steht wohl die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes zu, aber von einem Klagsrückerlage kann nicht die Rede sein.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung aus deren Gründen.

Nr. 3472.

Nichtidentität der Ansprüche auf Rechtfertigung einer Pränotation und eines Verbotes zur Sicherstellung derselben Forderung.

Entsch. v. 22. Juli 1869, Nr. 7023 (Best. des das Urth. des B. G. Teplitz v. 28. Dec. 1868, Nr. 14135, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 15. März 1869, Nr. 8906). G. Z. 1869, Nr. 87.

Gegen die Klage des A wegen Rückstellung einer indebite gezahlten Summe von 288 fl. 75 kr. und Rechtfertigung der ihm für diese Forderung bewilligte Pränotation erhob der Beklagte B in der Einrede die Einwendung der Streithängigkeit, weil A gegen ihn schon früher denselben Anspruch auf 288 fl. 75 kr. eingeklagt hatte; und nachdem A in Folge dieser Einwendung von seiner frühern Klage zurückgetreten war, setzte ihm B in der Duplik die exceptio rei renuntiatae entgegen. Die erste Klage enthielt auch das Begehren um Rechtfertigung eines vom Kläger für die Klagesumme erwirkten Ver-

botes. — In erster Instanz wurde der Einwendung der Streithängigkeit stattgegeben, wogegen das O. L. G. beide Einwendungen zurückwies.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Verbot und Pränotation sind zwar beide Sicherstellungsmittel, allein, wie das O. L. G. auseinandergesetzt hat, ganz verschiedener Natur. Jede derselben muß gerechtfertigt werden, widrigens das Verbot aufgehoben, die Pränotation gelöscht werden kann. Die in Rede stehenden zwei Klagen sind nicht identisch, weil sie, wenn sie auch denselben Rechtsgrund haben, nämlich dieselbe Forderung, doch ein ganz verschiedenes Begehren enthalten und daher auf einen verschiedenen Gegenstand gerichtet sind. Das Begehren um Rechtfertigung, von der die Klage den Namen führt, muß in der Klage aufgenommen werden, weil sonst über dasselbe nicht erkannt würde, gegen dasselbe auch selbstständige Einwendungen zustehen können und die Fälle, wo die Rechtfertigung blos mittelst Liquidirungsurtheils eines Executionsgesuchs erfolgt, nur ausnahmsweise eintreten. Sind aber diese besagten Klagen nicht identisch, so kann aus dem Grunde, weil beide anhängig sind, die Einwendung der Litispendenz weder der einen noch der andern entgegengesetzt werden. Daß die eine Rechtfertigungsklage zugleich für die andere zu gelten habe, würde ein besonderes Uebereinkommen der Parteien voraussetzen, wovon aber hier keine Rede ist. Aus demselben Grunde kann auch nicht von der Zurückziehung der einen Klage auf die Zurücknahme der andern geschlossen werden, um so weniger, als es dem Gläubiger vollkommen freisteht, auf die eine Sicherstellung ausdrücklich zu verzichten, ohne deshalb auch die andere Sicherstellung aufzugeben, gleichwie, wenn die eine nicht gerechtfertigt wird, deßwegen nicht auch die andere aufgehoben werden kann. — Die im Eingang der oberstgerichtlichen Motive erwähnten Ausführungen der zweiten Instanz zur Begründung der Verschiedenheit beider Sicherstellungsmittel des Verbotes und der Pränotation gehen dahin, daß das erstere dem formellen, die letztere dem materiellen Recht angehöre, daß die Gerichtsordnung dem Gläubiger nicht verbiete, gegen den Schuldner alle gesetzlichen Sicherstellungsmittel zu gleicher Zeit zur Anwendung zu bringen, woraus sich die Folge ergebe, daß der Gläubiger auch berechtigt erscheint, jedes einzelne von ihm erwirkte Sicherstellungsmittel für sich zu rechtfertigen, ohne daß ihm die Streithängigkeit eingewendet werden kann; daß ferners die Verbotsrechtfertigungsklage auch deshalb von der Klage auf Rechtfertigung der Pränotation verschieden sei, weil der Zweck der letzteren Klage die Umwandlung eines bereits erworbenen bedingten Pfandrechts in ein unbedingtes ist, während durch die erstere nichts anderes erwirkt werden kann, als daß nach Hofdecr. vom 22. März 1784, lit. c J. G. S. Nr. 266 die Intimation des Auftrages der Nichterfolglassung an denjenigen ergeht, der die mit Verbot belegte Sache in Händen hat.

Nr. 3473.

Voraussetzungen der Sequestration der Streitsache wegen Gefährdung derselben.

Entsch. v. 22. Juli 1869, Nr. 8098 (Best. des Decr. des B. G. Pirano v. 13. April 1869, Nr. 986, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest v. 26. Mai 1869, Nr. 2935). G. H. 1870, S. 147. G. Z. 1872, Nr. 14.

A hatte den B mit der Eigenthumsklage auf Herausgabe einiger Grundstücke belangt und begehrte nach §. 388 westg. G. O. die Sequestration der Liegenschaften, nicht auf Grund einer besonderen Gefahr, daß B während des Processes die Liegenschaften veräußern, Verderben oder Schaden nehmen lassen dürfte, indem A selbst zugab, daß deren Cultur nicht vernachlässigt wurde, — sondern wegen der Möglichkeit, daß, wenn der Beklagte seine Sachfälligkeit im Eigenthumsprocesse voraussehe, die Eventualität, welcher durch die Sequestration vorgebeugt werden soll, eintreten könnte. — Das O. L. G. begnügte sich mit dieser Anführung und bewilligte die Sequestration.

Der oberste Gerichtshof verweigerte in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz die begehrte Sequestration, weil nach §. 388 westg. G. O. die Sequestration nur bei erwiesener Gefahr dem Kläger zu bewilligen ist, welcher hier selbst in der auf sein Gesuch angeordneten Verhandlung nur die in der menschlichen Natur begründete Möglichkeit geltend machen konnte, daß der Beklagte seine Sachfälligkeit voraussetzen und darum die Cultur der Realitäten vernachlässigen und sie Schaden nehmen lassen werde; weil ferner das Begehren des A in der Eigenthumsklage nur auf Herausgabe der Liegenschaften, nicht auf die Herausgabe der Früchte vom Tage der Klage an gerichtet ist, daher auch die zweite Erwägung in den obergerichtlichen Motiven, — daß nämlich im Fall der Zuerkennung des Eigenthums des Klägers demselben das Erträgniß der Grundstücke vom Tage der zugestellten Klage gebühren würde, dieses Erträgniß aber, wenn es während des Streites der Beklagte bezieht, einer Gefahr ausgesetzt bliebe — nicht stichhaltig ist.

Nr. 3474.

Verweigerung eines Armenvertreters in einem Falle, wo Anwaltszwang nicht gilt.

Entsch. v. 22. Juli 1869, Nr. 8230 (Best. des Bescheides des Ausschusses der n. ö. Advocatenkammer v. 21. Mai 1869, Nr. 1411, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 3. Juni 1869, Nr. 10330). G. Z. 1869, Nr. 74.

Das in zweiter Instanz bewilligte Gesuch der Eheleute A in Steiermark, um Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters behufs

eines beim B. G. Schwechat anhängig zu machenden Rechtsstreites, wurde von dem obersten Gerichte in der Erwägung abgewiesen, daß im Sprengel des B. G. Schwechat nur ein Advocat besteht, also daselbst, zufolge Min.-Erlasses vom 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122, schriftliche Eingaben auch ohne Fertigung eines Rechtsfreundes überreicht werden können, demnach der im §. 16 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 vorgesehene Fall der unentgeltlichen Vertretung nicht vorhanden ist, und bei dem klaren Wortlaute der diesfälligen Bestimmung aus Gründen der Humanität, weil sonst die Partei ihr Recht kaum geltend machen kann, von dem Gesetze nicht abgegangen werden darf.

Nr. 3475.

Nichteröffnung des Concurses wegen Abganges eines die Kosten der Verhandlung deckenden Vermögens.

Entsch. v. 28. Juli 1869, Nr. 8348 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 27. April 1869, Nr. 15288 und des O. L. G. Wien vom 26. Mai 1869, Nr. 9953). G. H. 1869, S. 325.

Die noch unter der Herrschaft der C. O. vom Jahre 1781 angebrachte Klage des A gegen seinen Schuldner B wegen Bedeckung bei sonstiger Eröffnung des Concurses war auf die Relation des Gerichtsdieners gegründet, daß die dem A bei B wegen 171 fl. bewilligte Mobilienpfändung aus Abgang von Mobilien nicht vollzogen werden konnte. Bei der Tagfahrt, welche auf diese Klage nach inzwischen eingetretener Wirksamkeit der C. O. vom 25. Dec. 1868 abgehalten wurde, führte B an, daß er Eigenthümer zu einem Viertel der Güter Battaglia u. s. w. im Venetianischen sei, welche, wie durch Experten erwiesen werden könne, einen Werth von 500.000 fl. hätten und nur mit 200.000 fl. belastet wären, so daß ihm 300.000 fl. rein erübrigen. A leugnete diese Umstände und begehrte die Eröffnung des Concurses, wogegen B einfach widersprach, daß die Voraussetzungen hiezu vorhanden seien. — Beide Untergerichte haben das Begehren des A nach §. 66 der C. O. vom 25. Dec. 1868 abgewiesen, weil das Vermögen des B offenbar zu gering sei, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken, da aus der Relation des Gerichtsdieners hervorgeht, daß die Execution pcto. 171 fl. bei B wegen Mangels Deckung nicht vorgenommen werden konnte. — Dagegen ergriff A den a. o. Revisionsrecurs, worin er geltend machte: Wenn die Ansicht der Untergerichte zur Praxis werden sollte, wird der Gläubiger eines chicanösen Schuldners vollkommen rechts- und hilflos. Der Gläubiger wird fast niemals nachweisen können,

daß der Schuldner ein zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen besitzt; der Schuldner hätte, bei solcher Auffassung, nur zu schweigen, um den Gläubiger um sein letztes Pressionsmittel zu bringen. Der §. 348 a. G. O. hat keine Wirkung mehr, weil der Personalarrest beseitigt ist, und wenn der Schuldner ein Vermögen nicht angeben will, kann ihn der Executionsführer nach dem Hofdcr. v. 1. Juli 1835, J. G. S. Nr. 50 auch nicht zum Manifestationseid zwingen. Der zweite Absatz des §. 66 der neuen C. O. findet hier keine Anwendung, weil darin vorausgesetzt wird, daß der Schuldner die Erklärung abgegeben habe (die hier unterblieb), daß sein Vermögen zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung nicht ausreiche, und auch nach der neuen C. O. kann Recurrent den Gegner zur Ablegung des Eides, nichts verschwiegen zu haben, nicht anhalten.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs, „denn abgesehen davon, daß, wenn der von B bei der Tagfahrt angegebene Vermögensstand für richtig zu halten wäre, dieser als zur Deckung der Forderung des A hinreichend und daher das Begehren um die Concurseröffnung nicht als begründet angesehen werden könnte, — ergibt sich gerade daraus, daß die von A widersprochenen Angaben des B über seinen Vermögensstand ganz beweislos geblieben, daher nicht für wahr zu halten sind, und aus dem Umstand, daß die dem A wegen seiner Forderung von 171 fl. bewilligte Mobilienpfändung laut Relation des Gerichtsdieners wegen Mangels von Deckung nicht vorgenommen werden konnte, die Grundhältigkeit der Voraussetzung, daß das für die hierländische Concursinstanz greifbare und in die Concursbehandlung einziehbare Vermögen nicht hinreichend ist, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken".

Nr. 3476.

Leihvertrag oder Darleihensvertrag? Eigenthumsklage oder Contractsklage?

Entsch. v. 29. Juli 1869, Nr. 5885 (Best. des das Urth. des B. G. Komotau v. 30. Nov. 1868, Nr. 7097, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 15. März 1869, Nr. 5968). G. Z. 1869, Nr. 73. G. H. 1869, S. 328.

A brachte wider die Concursmasse des B an, er habe im Jahre 1864 dem B 6 Staatsobligationen, die er genau mit Gattung, Nummer, Datum und Betrag bezeichnete, in Summe von 230 fl. nach den Bestimmungen des 20. Hauptstückes II. Thl. des a. b. G. B. (Leihvertrag) zu dem Behufe geliehen, damit B selbe zur Bestellung seiner Caution als Lottocollectant verwende, und nach Auflö-

sung des Cautionsbandes ihm als sein Eigenthum zurückstelle (worüber er ihm den Haupteid auftrug). Laut amtlicher Bestätigungen Nr. 1 und 2 wurden eben diese Obligationen mit anderen gleicher Gattung von B als Caution erlegt, jedoch alle — ohne Zuthun des B — von der Casse in andere von höheren Beträgen umschrieben, rücksichtlich zusammengeschrieben, und diese letzteren, nachdem B in Concurs verfallen war, der Concursmasse ausgefolgt. A bat daher um Erkenntniß, es sei von diesen Obligationen pr. 630 fl. ein Betrag von 230 fl. nominal sein Eigenthum. Der Concursmassevertreter wendete dagegen ein, daß kein Leih-, sondern ein Darlehensvertrag bestehe, wodurch B Eigenthümer der, noch dazu auf den Ueberbringer lautenden Obligationen wurde; daß B, um das Eigenthumsrecht zu wahren, bei Vinculirung der Obligationen hätte bedingen sollen, daß seinerzeit die nämlichen Papiere zurückgegeben werden, daß die genaue Bezeichnung, so wenig wie bei einer Banknote, genüge, um deren Eigenthum sich vorzubehalten (§§. 985 und 990 a. b. G. B.); endlich, daß die Concursmasse die von A dem B übergebenen Obligationen gar nicht in ihrer Macht habe (§. 369 a. b. G. B.). — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger ab. Gründe: Die in der Concursmasse befindlichen Obligationen sind mit den für die Caution gegebenen nicht identisch und Kläger ist nicht in der Lage, sein Eigenthum daran zu erweisen, weil bei der Widmung der Obligationen nicht bemerkt worden ist, daß diese Obligationen Eigenthum des A sind. Wäre diese Bedingung gesetzt worden, so hätte die Casse eine Verwechslung nicht vornehmen können. — Die zweite Instanz erkannte nach dem Klagebegehren gegen Herstellung des Beweises durch den oben erwähnten Haupteid, aus folgenden Gründen: Es ist nicht bestritten, daß die vom Kläger bezeichneten Obligationen pr. 230 fl. dessen Eigenthum waren, von B als Caution erlegt, und ohne beiderseitiges Zuthun von der Casse auf höhere Beträge umgewechselt worden sind. Solche Obligationen gehören zwar nach §§. 301, 510, 983, 1227 a. b. G. B. allerdings in die Kategorie vertretbarer Sachen und bilden daher nur ausnahmsweise Gegenstände eines Leihvertrages (§. 971 a. b. G. B.); eine derartige Ausnahme behauptet aber der Kläger und führt darüber den Beweis durch den Haupteid, indem er angibt, daß er dem B diese Obligationen zu dem bestimmten Zwecke der Cautionsleistung mit der Bedingung übergeben habe, daß ihm dieselben als sein Eigenthum wieder zurückgestellt werden, womit von Seite des B der Verbrauch derselben durch Veräußerung ausgeschlossen, daher der Bestand des Leihvertrages gegeben wäre. Da die Devinculirung der Cautionsobligationen erfolgt, demnach der Fall der Rückstellung eingetreten ist, erscheint die gegenwärtige Klage nicht als eine Eigenthumsklage gegen die redlichen Besitzer — §. 366 a. a. G. B. — sondern als Klage aus dem Leihvertrage auf Erfüllung, beziehungsweise Rückstellung der ge-

liehenen Werthpapiere, wobei die Schicksale, welche die geliehenen Stücke erlitten, das Forderungsrecht nicht beeinflußen (§. 979 a. b. G. B.).

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß mit Berufung auf dessen Gründe und in der Erwägung, daß durch die ohne Zuziehung der Betheiligten von der k. k. Staatsschulden-Tilgungsfondscasse aus Gründen der Manipulation vorgenommene Um- oder Zusammenschreibung der von B erlegten Obligationen in ähnliche an dem bestandenen Rechtsverhältnisse nichts geändert werden wollte, noch wurde, sondern die durch Umschreibung entstandenen neuen Obligationen in eben dem rechtlichen Verhältnisse zwischen Kläger und B blieben, wie es die eingezogenen älteren Obligationen waren.

Nr. 3477.

Vorgang beim Begehren um Concurseröffnung wider einen mit Executionen verfolgten Schuldner.

Entsch. v. 3. August 1869, Nr. 8414 (Best. des den Bescheid des H. G. Wien v. 18. Juni 1869, Nr. 61072, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Juni 1869, Nr. 12454). G. Z. 1869, Nr. 72.

A begehrte gegen den Handelsmann B die Anordnung einer Bedeckungstagsatzung nach §. 63 der C. O. vom 25. Dec. 1868, indem er sich darauf berief, daß laut der angeschlossenen Urkunden B Wechsel auf ihn trassirte, ohne, seinem Versprechen gemäß, die Deckung zur Verfallzeit zu leisten, ja bereits Verhandlungen mit dessen Gläubigern wegen Ordnung seines Schuldenstandes im Zuge seien. Executionsführungen gegen denselben erwähnte er nicht. Das H. G. wies sein Gesuch sofort ab, da der Umstand, daß B mit Executionen verfolgt werde, mithin auch die Bedingung zur Anordnung einer Bedeckungstagsatzung nicht ausgewiesen sei. Auf den Recurs des A, worin er anführte, daß kürzlich in der That zwei Executionen wider B bewilligt worden seien, trug das O. L. G. dem H. G. auf, das Gesuch des A mit Abstandnahme von dem gebrauchten Abweisungsgrund nach dem Gesetz zu erledigen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil das Begehren des A einerseits auf Forderungen, für welche vollbeweisende Urkunden vorliegen, andererseits auf die nachgewiesene Verschuldung des B und auf die dem H. G. bekannten Executionsführungen zweier Gläubiger sich gründet, deren Bestehen B selbst nicht in Abrede zu stellen vermag, mithin das Begehren des A, da es sich nicht schon bei dessen Anbringung als offenbar ungegründet zeigte, auch nicht sofort abzuweisen war.

Nr. 3478.

Vollstreckung der Besitzeinführung des Erstehers eines zwangsweise verkauften Hauses wider den Executen.

Entsch. v. 4. August 1869, Nr. 8550 (Best. des Decr. des B. G. Prachatitz v. 23. März 1869, Nr. 1942, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 3. Mai 1869, Nr. 14781). G. H. 1870, S. 95.

Das in erster Instanz bewilligte Gesuch des Erstehers eines im Executionsweg verkauften Hauses um Erlassung des Auftrages an den darin wohnenden Executen, das Haus binnen 14 Tagen bei sonstiger Delogirung zu räumen, wurde von dem O. L. G. wegen Mangels der Nachweisung eines Executionsrechtes auf Seite des Erstehers (gerichtlicher Spruch oder Vergleich, §. 298 a. G. O.) abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz. Gründe: Der Executionsrichter ist verpflichtet, die Execution vollständig durchzuführen, und hiezu gehört schließlich die Uebergabe der zwangsweise verkauften Sache an den Ersteher. Die Delogirung des Executen aus dem Hause ist ein Executionsact, der sich auf das durch die Execution zum Vollzug gebrachte richterliche Urtheil gründet, und der Ersteher kann daher nicht genöthigt werden, erst noch einen Proceß wegen Räumung des Hauses gegen den Executen einzuleiten und ein Erkenntniß darauf zu erwirken.

Nr. 3479.

Pignus in causa judicati captum: Zeitpunkt des Pfanderwerbes.

Entsch. v. 4. August 1869, Nr. 8678 (Best. des Decr. des L. G. Brünn v. 11. Mai 1869, Nr. 7511, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn v. 22. Juni 1869, Nr. 7550). G. H. 1869, S. 429.

Gründe des obersten Gerichtshofes: Bei der Entscheidung über die Priorität einer executiven Mobilienpfändung ist nicht der Zeitpunkt der Präsentation des Pfändungsgesuches, sondern nur der Zeitpunkt des Pfändungsvollzuges, wodurch das Pfandrecht erst erworben wird, maßgebend; mithin gebührt der Firma A, da die derselben bewilligte Pfändung gleichzeitig mit der der Firma B bewilligten Pfändung vollzogen worden ist, die gleiche Priorität wie der Letzteren, obschon die Pfändung von der Firma B früher begehrt worden war.

Nr. 3480.

Summarisches Verfahren: Unzulässigkeit des Recurses gegen eine Beweisverfügung der zweiten Instanz.

Entsch. v. 5. August 1869, Nr. 8608 (Best. des das Decr. des L. G. Korneuburg v. 28. Mai 1869, Nr. 3811, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 16. Juni 1869, Nr. 10892). G. Z. 1871, Nr. 87.

Den Recurs des Beklagten gegen die obergerichtliche Verordnung, wodurch in dem summarisch verhandelten Proceß mit Aufhebung des erstgerichtlichen Urtheiles ein von dem Kläger angebotener Zeugenbeweis zugelassen wurde, hat der oberste Gerichtshof zurückgewiesen, weil nach §. 50 des Gesetzes über das Summarverfahren die für Recurse an die zweite Instanz ertheilten Vorschriften auch für Recurse an die dritte Instanz gelten, also in Fällen, wo gegen eine erstrichterliche Verfügung nach §. 46 ein besonderer Recurs nicht zulässig ist, derselbe auch gegen eine solche von der zweiten Instanz getroffene Verfügung nicht gestattet sein kann, in §. 25 schon dem ersten Richter die Befugniß eingeräumt ist, auch nach geschlossener Verhandlung das als mangelhaft befundene Verfahren zu ergänzen, das Befugniß des O. L. G. doch kein beschränkteres und unanfechtbareres als jenes des ersten Richters sein kann, im §. 46 nicht blos gegen die Anordnung einer Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen, sondern auch gegen die Einleitung des summarischen Verfahrens ein abgesonderter Recurs ausgeschlossen ist, diese Ausschließung sich also natürlich auch auf die Einleitung einer weiteren Verhandlung erstreckt, und die Einwendung, daß eine Beschwerde gegen die Anordnung einer weiteren Verhandlung wohl nur bei einem höheren Richter Abhilfe finden könne, auch gegen die Ausschließung eines abgesonderten Recurses gegen eine erstrichterliche Ergänzungs-Verordnung sich erheben ließe, jedoch in dem klaren Geiste und Zwecke des Gesetzes über das summarische Verfahren, welches durch abgesonderte Recurse gegen die nur zur nöthigen Instruction dienenden richterlichen Verfügungen nicht aufgehalten werden soll, seine Widerlegung findet.

Nr. 3481.

Summarisches Verfahren: Unzulässigkeit des Recurses gegen die von der zweiten Instanz veranlaßte Verbesserung der Klage.

Entsch. v. 10. August 1869, Nr. 8640. G. H. 1869, S. 332 und S. 361.

Gegen das erstgerichtliche Urtheil, wodurch in einem summarisch verhandelten Rechtsstreit der Kläger abgewiesen wurde, appellirte

derselbe an das O. L. G., welches das Urtheil nebst dem voraufgegangenen Verfahren aufhob und die protokollarische Verbesserung der Klage im Sinne des §. 17 des Gesetzes über den Summarproceß verordnete. — Dagegen ergriff der Kläger den Revisionsrecurs, dessen Zulässigkeit er — den Vorschriften der §§. 46 und 50 des citirten Gesetzes gegenüber — aus dem §. 49 ebendort zu deduciren suchte, weil dieser Paragraph von wesentlichen Mängeln der „Proceßverhandlung", nicht auch von der Klage spreche, welche der Gegenstand der Verhandlung war und nach der Verhandlung niemals verbessert werden könne.

Der oberste Gerichtshof hat aber den Recurs, als nach den §§. 46, 49 und 50 des Gesetzes über den Summarproceß unzulässig abgewiesen, weil die Klage und deren etwaige Verbesserung im Sinn des §. 17 einen Theil der Proceßverhandlung bilden und gegen die Anordnung der Verbesserung oder der Ergänzung der letztern nach den citirten Paragraphen ein abgesonderter Recurs nicht statthaft ist.

Nr. 3482.

Competenz zur Genehmigung der Veräußerung von Verlassenschafts-Realitäten, worauf Pupillen Anspruch haben.

Entsch. v. 10. August 1869, Nr. 8667 (Best. des das Decr. des B. G. Mistelbach v. 16. Dec. 1868, Nr. 6621, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Februar 1869, Nr. 1929). G. H. 1869, S. 313.

Die von dem Abhandlungsgericht Mistelbach ertheilte Genehmigung eines Vertrages, wodurch eine Nachlaßrealität für die minderjährigen Erben während der Abhandlungspflege verkauft wurde, hat das O. L. G. aufgehoben mit Beifügung des Auftrages, das Gesuch des Vaters und gesetzlichen Vertreters der Minderjährigen um die Vertragsgenehmigung dem Kr. G. Korneuburg zur Entscheidung zu übersenden, weil der §. 83 der J. N. vom 20. Nov. 1852 und die Just.-Min.-Verordn. vom 18. Sept. 1857, Nr. 20.886 die Genehmigung der Veräußerung von Verlassenschaftsrealitäten, wenn Minderjährige oder Pflegebefohlene als Erben betheiligt sind, auch während der Dauer der Abhandlungspflege der zuständigen Vormundschafts- oder Curatelbehörde, beziehungsweise dem zuständigen Gerichtshof erster Instanz zuweisen.

Der dagegen ergriffene Revisionsrecurs, worin geltend gemacht wurde, daß nicht der §. 83 der J. N. vom 20. Nov. 1852, sondern der §. 27 des kaiserl. Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208 hier maßgebend sei, indem der erstere Paragraph auf noch in der Abhandlung begriffene Verlassenschaftsrealitäten keine Anwendung finde,

weil dieselben noch nicht Eigenthum der Minderjährigen sind, und daß auch die Just.-Min.-Verordn. vom 18. Sept. 1857, Nr. 20886 hier außer Anwendung bleibe, weil das B. G. Mistelbach als Curatelbehörde der minderjährigen Erbsinteressenten eintritt, — wurde vom obersten Gerichtshof mit Verweisung auf die Motive des O. L. G. und in der weiteren Erwägung abgewiesen, daß nicht abzusehen ist, warum die Prüfung und Genehmigung der Veräußerung von unbeweglichen Sachen Pflegebefohlener dem Gerichtshof erster Instanz nur in dem Fall, wo die Immobilien den Pflegebefohlenen bereits grundbücherlich zugeschrieben sind, und nicht auch dann zustehen soll, wenn dieselben sich in einer Verlassenschaft befinden und die Pflegebefohlenen darauf Anspruch haben, da doch der §. 83 J. N. desfalls nicht unterscheidet und der Zweck des Gesetzes in beiden Fällen eintritt.

Nr. 3483.

Behandlung von Nachlässen ungarischer, in der westlichen Reichshälfte gestorbener Staatsbürger.

Entsch. v. 10. August 1869, Nr. 8670 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Wien v. 23. Mai 1869, Nr. 9719). G. Z. 1869, Nr. 69. G. H. 1869, S. 319.

Nachdem die Abhandlung der Verlassenschaft des im Jahre 1869 in Wien verstorbenen Ungarn B von dem B. G. Leopoldstadt in Wien dem Comitatsgerichte zu Neutra, dem Wohnort des M, abgetreten worden war, wendete sich A, als Gläubiger einer gegen M beim L. G. in Wien bereits eingeklagten Forderung von 42.000 fl. an das genannte Bezirksgericht mit dem Begehren, daß der Nachlaß erst nach vorgängiger Zahlung oder Sicherstellung seiner Forderung dem Comitatsgericht ausgefolgt werde, da Ungarn als Ausland zu betrachten sei. — Das B. G. gab dem Gesuche keine Folge, weil eine gesetzliche Bestimmung in dem Sinne, daß bezüglich der Verlassenschaften der im Geltungsgebiete des Patentes v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 verstorbenen ungarischen Staatsbürger nach Maßgabe des achten Abschnittes des II. Hauptstückes des erwähnten Patentes vorzugehen sei, bisher nicht erflossen ist. — Das O. L. G. verwarf den von A gegen diesen Bescheid ergriffenen Recurs, insofern durch denselben die Bestimmungen der §§. 137 und 138 des Gesetzes vom 9. August 1854 Nr. 208 auf die Verlassenschaft des B als unabwendbar erklärt worden sind, weil nach der Wiederherstellung der ungarischen Verfassung niemals ausgesprochen wurde, daß ungarische Staatsbürger hier als Ausländer zu behandeln seien, und somit auch die nur für die Verlassenschaften der Ausländer bestehenden exceptionellen Bestimmungen

nicht maßgebend erscheinen können. Da jedoch durch Wiederherstellung der ungarischen Verfassung sowohl das Gesetz vom 9. August 1854, Nr. 208 R. G. Bl., als auch die demselben zu Grunde liegenden Jurisdictionsgesetze für die Behandlung der Verlassenschaften hier verstorbener Ungarn nicht mehr zur Geltung gebracht werden können und in Ermanglung neuer Bestimmungen hierüber offenbar jene Gesetze, welche diesfalls früher bestanden, im Interesse der hierländischen Gläubiger wieder als wirksam angenommen werden müssen, wurde das B. G. von dem O. L. G. angewiesen, über das Begehren des A in Gemäßheit des Patentes vom 17. Februar 1792, J. G. S. Nr. 225 zu entscheiden.

Die letztere Verordnung der zweiten Instanz wurde von dem obersten Gerichtshof aufgehoben, weil, nachdem das O. L. G. in Uebereinstimmung mit dem Gerichte erster Instanz die Bestimmungen des achten Abschnittes des II. Hauptst. und insbesondere des §. 138 des Gesetzes vom 9. August 1854 auf den hier befindlichen Nachlaß des ungarischen Staatsangehörigen B nicht für anwendbar erklärt hat, und nach dem Inhalte und der Richtung des von A gestellten Begehrens auch nur die Anwendbarkeit jener Bestimmungen auf den gegenwärtigen Fall in Frage gelegen war, das Zurückgreifen auf die Anordnungen des Patentes vom 17. Februar 1792 J. G. S. Nr. 225, welches in früherer Zeit für die außerungarischen Gerichte zur Richtschnur zu dienen hatte, durch die Bestimmungen des Gesetzes vom 9. August 1854 Nr. 208 jedoch außer Wirksamkeit getreten, und seither durch keine gesetzliche Verfügung wieder in Kraft gesetzt worden ist, nicht als zulässig angesehen werden kann.

Nr. 3484.

Giltigkeit einer executiven Feilbietung trotz unterbliebener Verständigung eines erst nach Bewilligung derselben eingetragenen Pfandgläubigers.

Entsch. v. 10. August 1869, Nr. 8735 (Aufheb. des Decr. des O. L. G. Graz v. 19. Mai 1869, Nr. 5910). G. H. 1870, S. 74.

Nach bereits bewilligter Feilbietung einer in Execution gezogenen Liegenschaft erwarb A durch bücherliche Eintragung ein Pfandrecht an derselben für seine Forderung gegen den Executen. Das Executionsgericht unterließ die Verständigung des A von der angeordneten Feilbietung, vollzog die Versteigerung und die Vertheilung des Meistgebotes. — Auf den Recurs des A wurde aber von dem O. L. G. wegen der unterbliebenen Verständigung desselben von der Feilbietungsbewilligung die Licitation und die Vertheilung des Erlöses

aufgehoben und der ersten Instanz die Ausschreibung eines neuen Feilbietungstermines und die Verständigung aller Satzgläubiger aufgetragen. (Hofdcr. vom 31. August 1792, Nr. 43, 20. Juli 1810, Nr. 906 und 6. Mai 1847, Nr. 1063 der J. G. S.)

Dagegen recurrirte der Ersteher B bei dem obersten Gerichtshof, welcher die erstgerichtliche Feilbietung und Meistgebotsvertheilung aufrecht erhielt in Erwägung, daß zwar nach dem Hofdcr. vom 4. Juli 1794 J. G. S. Nr. 183 die Verständigung auch an die nach eingeleiteter Feilbietung zur Vormerkung gelangenden Gläubiger — so weit es nur immer an der Zeit ist — zu geschehen hat; allein mit der Unterlassung derselben in diesem Fall die Folge der Ungiltigkeit der Feilbietung nicht verbunden wird; daß überdieß die Liegenschaft hier um einen den Schätzungswerth übersteigenden Preis verkauft worden ist, und daß der Gläubiger A zur Beschwerde auch schon deshalb nicht berechtigt war, weil er keinen materiellen Schaden erlitt, nachdem der Ersteher zur Deckung der Forderung des A den ihr entsprechenden Betrag für A bei Gericht erlegt hat.

Nr. 3485.

Beseitigung von Schätzleuten wegen offenbarer Ungehörigkeit ihres Vorgehens.

Entsch. v. 10. August 1869, Nr. 8746 (Best. des Decr. des B. G. Dux vom 1. Juli 1869, Nr. 2885, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 12. Juli 1869, Nr. 23382). G. H. 1869, S. 324.

Zur Abschätzung von Grundstücken, deren Expropriation für einen Eisenbahnbau ausgesprochen worden war, wurden von dem Gericht Schätzleute bestellt, gegen deren Befund der Vertreter der Bahngesellschaft noch im Zug der Schätzung Einsprache erhob, weil sie die Gründe zu hoch angeschlagen hätten und nicht nach den gesetzlichen Vorschriften vorgegangen wären. In der That gaben die Schätzleute die Erklärung zu Protokoll, daß sie nach dem Durchschnitt der Bruttoerträgnisse von den letzten 8 Jahren, ohne Veranschlagung der Auslagen für Bewirthschaftung, Steuern u. s. w., geschätzt haben. Darauf hin verlangte die Bahngesellschaft die Bestellung anderer Experten, welche von der ersten Instanz zur Vornahme der Schätzung ernannt wurden. — Auf den Recurs des Grundeigenthümers hat das O. L. G. die Fortsetzung der begonnenen Schätzung mit den alten Schätzleuten unter Beiziehung der Parteien und Bedachtnahme auf deren Erinnerungen, angeordnet, weil von der Bahngesellschaft gegen die Person der gerichtlich bestellten Schätzleute in der Frist des §. 191 a. G. O. keine Einsprache erhoben wurde, daher die nachträg-

liche nicht mehr zu berücksichtigen war; weil nach §. 194 ebendort der die Schätzung leitende Richter darauf zu dringen hat, daß der Werth nach den einschlägigen Vorschriften verläßlich und mit eingehender Begutachtung der nach §. 195 a. G. O. zulässigen Erinnerungen der Parteien festgestellt werde, und dadurch der Bahngesellschaft ausreichende Gelegenheit geboten ist, den Einfluß der von ihr hervorgehobenen Factoren auf die Ermittelung des wahren Geldwerths klar stellen zu lassen; weil im gegebenen Fall die Schätzung noch nicht geschlossen, sondern nur abgebrochen wurde, bevor den Sachverständigen die Begutachtung der Erinnerungen der Bahngesellschaft abgefordert worden war; weil nicht vorliegt, daß die bisherigen, bei Gericht ein für allemal für Grundstücke bestellten Schätzleute zur Abgabe eines richtigen und deutlichen Befundes in dieser Sache unfähig wären, übrigens beim Hervorkommen einer Parteilichkeit nach durchgeführter Schätzung ohnehin das strafgerichtliche Verfahren eintreten würde; weil endlich außerdem der von dem Vorgehen der Schätzleute nicht befriedigten Partei der ordentliche Rechtsweg zur Anfechtung des Ergebnisses der Schätzung offen steht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid. Gründe: In Erwägung, daß die hier verwendeten Schätzleute, indem sie gegen die Regel des §. 306 a. b. G. B., wornach der gemeine Preis — der nach dem Reinertrag ermittelt werden muß — zur Richtschnur zu dienen hat, den Bruttoertrag in Anschlag genommen haben, als wirkliche Sachverständige, wie sie jede Schätzung voraussetzt, nicht betrachtet werden können; daß Männer, die entweder den Mangel gehöriger Sachkenntniß oder, indem sie sich von Nebenrücksichten leiten lassen, den Mangel der erforderlichen Unbefangenheit an den Tag legen, im Sinne des Hofdcr. v. 17. Juni 1825, J. G. S. Nr. 2106 u. 25. November 1839, J. G. S. Nr. 391 u. des Just.-Min.-Erlasses vom 26. März 1856, Nr. 6056, nach erkannter Unzulänglichkeit entlassen werden können und müssen, mußte die erstgerichtliche Verordnung bestätigt werden, zumal auch gegen die neuernannten Experten keine grundhältigen Einwendungen vorgebracht worden sind.

Nr. 3486.

Verhältniß des Concursgerichtes zum Proceßgerichte: Klage zur Rechtfertigung einer wegen Privilegiumseingriffes erwirkten Beschlagnahme.

Entsch. v. 11. August 1869, Nr. 8666 (Best. des das Decr. des B. G. Schwechat v. 5. Juni 1869, Nr. 4130, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 1. Juli 1869, Nr. 12345). G. Z. 1869, Nr. 95. G. H. 1869, S. 388.

Zur Rechtfertigung der von A gegen B wegen Privilegiumseingriffes erwirkten Beschlagnahme von Drucktischen in der Fabrik des

B hatte A die Klage gegen B angebracht, welche das Begehren auf Rechtfertigung der Beschlagnahme, auf Schadenersatz von 658 fl. 48 kr. und auf Leistung einer Sicherstellung von 10.000 fl. für den Nichtgebrauch und die Nichtveräußerung der vier Drucktische während der Dauer des Privilegiums enthielt. Der auf die Klage eingeleitete Proceß war bereits bis zur Replik gediehen, als über das Vermögen der Geklagten der Concurs eröffnet wurde. Es entstand nun die Frage, ob das Proceßgericht nach den Bestimmungen der C. O. vom 25. December 1868 zur Fortführung des Processes competent sei oder nicht. Der Kläger beschränkte übrigens das Klagebegehren auf Gerechtfertigthaltung der provisorischen Verfügungen, mit dem Vorbehalte, seine weiteren Begehren bei der Concursinstanz anzubringen. — Von dem Proceßgericht wurde das weitere Verfahren nach §§. 134 und 7 Absatz 1 der C. O. zum Behufe der Anmeldung im Concurse auch für die restringirte Klage unterbrochen, weil die Rechtfertigung der Beschlagnahme den Zweck und die eventuelle Wirkung hat, daß die in Beschlag genommenen Maschinen der Concursmasse entzogen werden, diese Rechtssache daher die Geltendmachung eines Anspruches auf das zur Concursmasse gehörige Vermögen bezweckt (§. 6 der C. O.), derlei Ansprüche aber nicht zu jenen gehören, welche nach §. 137 und 138 der C. O. der Anmeldung im Concurse nicht unterliegen. — Das O. L. G. hingegen hat die Fortsetzung der Verhandlung über das Begehren auf Gerechtfertigthaltung der provisorischen Verfügung angeordnet und zwar aus folgenden Gründen: Nach §. 11 des Concursgesetzes vom 25. December 1868 kann zwar nach Eröffnung des Concurses wegen einer Forderung an den Gemeinschuldner auf das in die Concursmasse gehörige Vermögen ein Sicherstellungsmittel nicht erwirkt und angewendet werden. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich um die Fortsetzung einer Verhandlung, welche pcto. Rechtfertigung eines vor der Concurseröffnung erwirkten Sicherstellungsmittels ebenfalls noch vor diesem Zeitpunkte eingeleitet wurde. Zudem bezweckt diese Verhandlung keineswegs einen Anspruch des Klägers auf ein Massegut, da letzterer ausdrücklich erklärt hat, daß er ein solches der Concursmasse zu entziehen durchaus nicht beabsichtigte. Das Verfahren ist überdies kein gewöhnliches nach der a. G. O., sondern das nach dem Privilegiumsgesetze zu pflegende, und hat hauptsächlich den Zweck, die Rechtfertigung des Provisoriums ohne Unterbrechung durchzuführen, damit nicht etwa auf Antrag der Gegenseite die provisorische Anordnung wegen nicht geschehener Rechtfertigung aufgehoben werde. Es ist demnach der Anspruch des Klägers als ein solcher zu betrachten und zu behandeln, welcher der Anmeldung im Concurse nicht unterliegt. Jedoch ist das weitere Verfahren wider die Gläubigerschaft fortzusetzen, weil, wenn es sich gleich nicht darum handelt, der Concursmasse ein Object zu entziehen, die Klage doch ein Object der Masse betrifft und der Fall des §. 9 der C. O. hier nicht eintritt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz, weil das Begehren der Klage in der Beschränkung auf das Erkenntniß der Gerechtfertigthaltung der Beschlagnahme von vier Drucktischen keine Leistung aus dem Concursmassevermögen zum Gegenstande hat, und es sich hiebei nicht um einen Anspruch des Klägers handelt, welcher als ein der Anmeldung beim Concurse unterliegender zu betrachten wäre.

Nr. 3487.

Voraussetzungen der Erwerbung der Hypothek für Gebühren aus Erwerbungsacten der Vormänner.

Entsch. v. 11. August 1869, Nr. 8814 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 6. April 1869, Nr. 19115, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 25. Mai 1869, Nr. 9820). G. H. 1869, S. 365.

Das Gesuch des Centraltaxamtes um Pfandrechts-Pränotation auf dem Hause des B für eine bei dem Hauskauf eines früheren Besitzers entstandene Gebührenforderung war nicht mit dem Ausweis des an B erlassenen Auftrags zur Zahlung der Gebühren versehen und wurde deshalb vom obersten Gerichtshof abgewiesen, „weil aus den Bestimmungen des Absatzes III, 14 der Verordnung des Finanzministeriums vom 3. Mai 1850, R. G. Bl. Nr. 181, aus der Verordnung der Ministerien der Justiz und der Finanzen vom 13. December 1852, R. G. Bl. Nr. 256 und dem Finanz-Min.-Erlaß vom 27. December 1859, R. G. Bl. 236 zu entnehmen ist, daß nur der an die zahlungspflichtige Partei und, wenn die Zahlungspflicht nicht auf Grund der persönlichen Verbindlichkeit, sondern der im §. 72 des Gebührengesetzes vom 9. Febr. 1850, R. G. Bl. Nr. 50 ausgesprochenen Haftung der unbeweglichen Sache geltend gemacht werden soll, der an den grundbücherlichen Eigenthümer der zahlungspflichtigen Realität ergangene Zahlungsauftrag die Grundlage der Eintragung von Vermögensübertragungsgebühren in die öffentlichen Bücher sein kann, hienach auch zur Pränotation des Pfandrechts für solche Gebühren, obgleich dieselbe nicht auch den Nachweis der bereits eingetretenen Rechtskraft des Zahlungsauftrages erfordert, doch wenigstens dessen Ausfertigung und Zustellung an den Eigenthümer der mit dem Pfandrecht zu belastenden Realität vorausgesetzt werden muß, und daß das ohne diesen Nachweis gestellte Pränotationsbegehren des Gebührenbemessungsamtes nicht als genügend angesehen werden kann, da es doch nicht angeht, das Vermögen eines persönlich nicht verpflichteten Dritten mit dem Pfandrecht zu belasten, bevor noch derselbe von dem Anspruch in Kenntniß und in die Lage gekommen ist, sich dieses Anspruches zu erwehren und sein Vermögen von der Belastung zu bewahren.“

Nr. 3488.

Actorische Caution: Unzulässigkeit des Begehrens derselben nach erfolgter Streiteinlassung.

Entsch. v. 11. August 1869, Nr. 8900 (Best. des Decr. des B. G. Vöcklabruck v. 5. Juni 1869, Nr. 2706, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 23. Juni 1869, Nr. 11933). G. H. 1869, S. 381.

Das Begehren des Beklagten, welcher sich auf den Rechtsstreit bereits eingelassen hatte, um Auflage der actorischen Caution wurde vom obersten Gerichtshof mit folgender Begründung abgewiesen: Wenngleich die a. G. O. für das Begehren um Sicherstellung der Proceßkosten keinen Präclusivtermin bestimmt, so ist der Sinn des §. 406 a. G. O. doch kein anderer, als der, daß der Beklagte in dem Fall, wo die Sicherstellung der Proceßkosten verlangt werden kann, nicht gehalten ist, vor der Bestellung der Caution sich auf die Verhandlung der Streitsache einzulassen. Hat er sich nun, ohne das Begehren zu stellen, darauf wirkich eingelassen, so ist dies als ein Verzicht auf jenes Befugniß anzusehen und der Beklagte nicht mehr berechtigt, hinterher noch mit dem Begehren um actorische Caution aufzutreten, was sonst — bei entgegengesetzter Auffassung — selbst noch nach geschlossener Streitverhandlung als zulässig betrachtet werden müßte.

Nr. 3489.

Unzulässigkeit der Abweisung der Erneuerung eines abgewiesenen Fristgesuches a limine.

Entsch. v. 11. August 1869, Nr. 9063 (Best. des Decr. des B. G. Wiener-Neustadt v. 5. Mai 1869, Nr. 4458, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Mai 1869, Nr. 9541). G. H. 1869, S. 364.

Nr. 3490.

Executive Feilbietung einer Liegenschaft während eines im Grundbuch angemerkten Eigenthumsstreites.

Entsch. v. 12. August 1869, Nr. 8552 (Best. des Decr. des B. G. Warnsdorf v. 25. Dec. 1868, Nr. 6621, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 19. Mai 1869, Nr. 11013). G. H. 1869, S. 332.

Gegen die erstgerichtliche Bewilligung der von B angesuchten executiven Versteigerung eines zur Verlassenschaft des M gehörigen

Grundstückes recurrirte A, welcher dasselbe mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommen und noch vor der Intabulation des executiven Pfandrechts des B die grundbücherliche Anerkennung der Streitanhängigkeit ausgewirkt hatte, — weil aus der Anordnung des Hofdcr. v. 27. März 1846, J. G. S. Nr. 951, wornach, im Fall des Obsiegens des Streitanmerkers im Proceß, das Recht, gegen welches die Anmerkung gerichtet ist (hier das Eigenthum des M an dem Grundstück) mit allen später darauf erwirkten Einverleibungen und Vormerkungen gelöscht werden soll, folge, daß das Pfandrecht des B so lang nicht realisirt werden kann, bis der Streit über das Eigenthum entschieden ist, indem durch die Feilbietung das Recht des Vindicanten ganz unwirksam gemacht würde. — Das O. L. G. ging auf diese Ausführung ein und wies das Feilbietungsgesuch des B zurück.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den bewilligenden Bescheid der ersten Instanz, jedoch mit dem Auftrag an dieselbe, die von B vorgelegten Feilbietungsbedingnisse nach vorgängiger Anhörung der Interessenten mit Rücksicht auf die Streitanmerkung festzustellen. Gründe: Die der Pfandrechtsintabulation vorausgegangene Anmerkung der Streitigkeit des Eigenthums an dem Grundstück berechtigt den A nicht, die Feilbietung bis zum Austrag des Eigenthumsstreites aufzuhalten, weil jedem, somit auch dem spätern Pfandgläubiger freisteht, Execution auf die verpfändete Liegenschaft zu führen; der Meistbieter und jeder Kauflustige den Grundbuchsstand und die Streitanmerkung ersehen kann; die Liegenschaft eben mit dieser Anmerkung und ihren eventuellen Folgen erkauft wird; und die Aufhebung der Feilbietungsbewilligung auch nicht durch das citirte Hofdecret gerechtfertigt ist, da dieses Gesetz die Executionsführung eines späteren Gläubigers nicht untersagt. — Was aber die eingelegten Feilbietungsbedingnisse anbetrifft (gegen welche A in dem Appellationsrecurs vorgebracht hatte, daß die Streitanmerkung darin nicht erwähnt ist), so hat A, wie jeder andere Interessent, das Recht, gegen dieselben, soweit sie gesetzwidrig sind, Einsprache zu erheben. Da nun die Interessenten überhaupt noch nicht darüber gehört worden sind, so muß deren Einvernehmung stattfinden, nach welcher das Gericht die Bedingnisse den Gesetzen gemäß festzustellen haben wird.

Nr. 3491.

Einfluß der bewilligten Sistirung der Execution auf spätere Gesuche um Bewilligung anderer Executionsschritte.

Entsch. v. 17. August 1869, Nr. 9335 (Best. des das Decr. des B. G. Neunkirchen v. 2. Mai 1869, Nr. 740, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 30. Juni 1869, Nr. 12622). G. H. 1869, S. 321.

Nachdem die erste Instanz die Suspension der von A gegen B wegen einer Geldschuld geführten Execution bis zur Entscheidung

des von dem Letztern gegen A anhängig gemachten Processes pcto. Erlöschung des Executionsrechtes, verfügt hatte, begehrte A die executive Einantwortung einer Forderung des B bei C. — Die erste Instanz bewilligte dieses Gesuch, weil inzwischen das O. L. G. die Executionssistirung aufgehoben hatte; wogegen die zweite Instanz mit Rücksicht auf die erst nach der Entscheidung der ersten Instanz von Seite des obersten Gerichtshofs erfolgte Bestätigung des erstgerichtlichen Executionssistirungsbescheides das Gesuch zurückwies.

Auf den Revisionsrecurs des A, worin geltend gemacht wurde, daß die Executionssistirung nur auf jene Execution bezogen werden dürfe, welche damals im Zug war, und mit der von ihm später auf ein anderes Vermögensobject des Schuldners (Forderung desselben bei C) geführten Execution nichts zu schaffen habe, bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz, weil zur Zeit des vom Recurrenten angebrachten Gesuches um executive Einantwortung der Forderung des B bei C der erstgerichtliche Sistirungsbescheid bereits erlassen war, die Executionssistirung sich nicht auf die Fortsetzung der schon bewilligten Executionsacte beschränkt, sondern überhaupt auf jedes weitere zwangsweise Vorgehen, mithin auch auf die Ausdehnung der Executionsführung auf andere Vermögensobjecte, als die bisher in Execution gezogenen, sich erstreckt, und weil die oberstgerichtliche Verordnung, womit der erstgerichtliche, vom O. L. G. aufgehobene Sistirungsbescheid aufrecht erhalten wurde, rücksichtlich ihrer Wirkung auf den Zeitpunkt zurückgeführt werden muß, in welchem die erste Instanz diesen Bescheid erlassen hat.

Nr. 3492.

Umfang einer Vollmacht.

Entsch. v. 19. August 1869, Nr. 9237 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Karolinenthal v. 28. August 1862, Nr. 17478 und des O. L. G. Prag v. 14. Juni 1869, Nr. 18811). G. H. 1869, S. 341.

Auf Grund der von der B dem C ertheilten schriftlichen Vollmacht zum Verkauf ihrer Wirthschaft, zur Festsetzung, Empfangnahme und Quittirung des Kaufpreises und zu dessen Verwendung zur Zahlung der Schulden der B, hat C die Wirthschaft verkauft und wurde die Kaufsurkunde nebst der Vollmacht intabulirt. Auf Grund des Mandats cedirte dann C den vom Käufer noch geschuldeten auf der Wirthschaft versicherten Kaufschillingsrest dem A, welcher die grundbücherliche Eintragung seines Eigenthums an dieser Forderung begehrte und durch gleichförmige Verordnungen der Untergerichte erwirkte. — Dagegen ergriff nun die B den a. o. Recurs, worin sie

anführte, daß in der dem C ausgestellten Vollmacht die Ermächtigung desselben zur Cession der Kaufgeldforderung nicht enthalten sei, mithin das nach §. 1008 a. b. G. B. (Veräußerung im Namen eines Andern) erforderliche besondere Mandat ihm gefehlt habe.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs und bemerkte in den Motiven, daß die Realisirung des Kaufschillings mittelst Cession des intabulirten Kaufschillingsrestes in der erwähnten Vollmacht nicht ausgeschlossen ist.

Nr. 3493.

Collision von Erbserklärungen? Officiose Abforderung des Pflichttheilsausweises.

Entsch. v. 20. August 1869, Nr. 9101 (Best. des das Decr. des B. G. Pilsen v. 3. Mai 1869, Nr. 5295, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 1. Juni 1869, Nr. 17907). G. H. 1869, S. 340. Zeitschr. für das Notariat 1870, Nr. 35.

Auf Grund des Testaments der M, worin sie erklärt, ihren Sohn A zum Universalerben einzusetzen, „um so mehr, als die Enkelin B respective ihre Mutter bei Lebzeiten die Heiratscaution per 6400 fl. in Staatsobligationen, eine reichliche Ausstattung, sämmtliches Silberzeug und Schmuck und überdies noch 5000 fl. in Grundentlastungsobligationen bereits von ihr ausgefolgt erhalten hat", wurde von A die ganze Erbschaft ex testamento angetreten und von dem Vormund der B die Erbserklärung für den Pflichttheil überreicht. — Die Collision dieser Erbserklärungen bestimmte den Abhandlungsrichter, nach den §§. 125 u. 126 des Patents vom 9. August 1854, Nr. 208 zu verfahren und den Vormund der B zur Anstellung der Erbrechtsklage gegen A anzuweisen. — Dagegen recurrirte der Vormund an das O. L. G., welches in Erwägung, daß die B in ihrer Erbserklärung blos den Pflichttheil in Anspruch genommen hat, mithin keineswegs einander widersprechende Erbserklärungen vorliegen; daß der Vormund der B um so weniger auf den Rechtsweg gewiesen werden kann, als nach §. 771 a. b. G. B. die Enterbungsursache, mag dieselbe von dem Erblasser ausgedrückt sein oder nicht, von dem Erben erwiesen werden und in den Worten und in dem Sinn des Gesetzes gegründet sein muß; daß die bloße Angabe im Testament, es habe die verstorbene Mutter der Notherbin die Heiratscaution per 6400 fl. . . . . erhalten, die Pflichttheils-Ausweisung um so minder entbehrlich macht, als durch diese Angabe der Zweifel, ob die B in dem Pflichttheil verletzt sei, nicht beseitigt wird; daß mithin das Gericht nach dem §. 162 des Patents vom 9. August 1854 auf die Pflichttheils-Ausweisung von Amtswegen zu brin-

gen hat, die erstgerichtliche Entscheidung aufhob und dem Abhandlungsgericht verordnete, dem Vormund der B den Entwurf der Pflichttheils-Ausweisung abzufordern und sodann das weitere Amt zu handeln.

Diese Verordnung wurde in dritter Instanz mit Verwerfung des von A ergriffenen Recurses und mit Berufung auf die obergerichtlichen Motive bestätigt.

Nr. 3494.

Aufforderung zur Erbserklärung trotz offenbarer Mängel des Testamentes.

Entsch. v. 20. August 1869, Nr. 9238 (Best. des das Decr. des B. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 12. Februar 1869, Nr. 5272, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 3. Mai 1869, Nr. 14051). G. H. 1869, S. 332.

In Erledigung der Aufnahme des Todfalls der M wurde von dem Abhandlungsgericht ein Erlaß des Inhalts ausgefertigt, „daß das von der M nicht eigenhändig geschriebene, sondern nur von ihr und von zwei Zeugen unterzeichnete, daher ungiltige, am 5. Februar 1869 kundgemachte Testament vom 4. December 1861 bei Gericht aufbehalten und die Erhebung von Abschriften davon freigestellt wird; daß, nachdem gemäß §. 123 des Patents vom 9. August 1854, Nr. 208, nur jene, die in einem dem Inhalt und der äußern Form nach vorschriftmäßig eingerichteten letzten Willen als Erben eingesetzt sind, solange als nicht die Rechtsgiltigkeit des Testaments bestritten wird, für rechtsmäßige Testamentserben zu halten sind, der in diesem ungiltigen Testament als Universalerbe eingesetzte A als rechtmäßiger testamentarischer Erbe nicht angesehen werden kann, und daß daher die gesetzlichen Erben der M aufgefordert werden, ihre Erbserklärung binnen 4 Wochen beim Gericht zu überreichen." — Auf den Recurs des A wurde in zweiter Instanz dieser Bescheid in den Punkten, „womit das Testament vom 4. December 1861 schon dermalen als nach §. 579 a. b. G. B. ungiltig erklärt und dem darin eingesetzten Universalerben A die Anerkennung als rechtmäßiger Erbe versagt wird", aufgehoben und im Uebrigen dahin abgeändert, daß A aufzufordern sei, die Erbserklärung binnen einer vom Abhandlungsgericht festzusetzenden Frist einzubringen, weil das Testament mit Bestimmtheit nicht erkennen läßt, das es von der M nicht geschrieben, daher nach §. 579 a. b. G. B. ungiltig sei, daher das Abhandlungsgericht auch nicht Anlaß hatte, dies dermalen auszusprechen und aus diesem Grund dem darin eingesetzten A im voraus die Erbenqualität abzusprechen, — A vielmehr in einem nach Inhalt und äußerer Form vorschriftsmäßig eingerichteten letzten Willen als

Erbe eingesetzt, nach der Todfallsaufnahme gegen seine Einsetzung ein Widerspruch nicht erhoben und das Testament nicht bestritten worden ist, somit nach §§. 123 und 75 des Patents vom 9. August 1854 zur Erbserklärung aufzufordern und der Ausspruch über seine Erbansprüche dem weiteren Verlauf der Abhandlung vorzubehalten ist.

Die von den Intestaterben angefochtene Verordnung der zweiten Instanz wurde von dem obersten Gerichtshofe bestätigt und zwar aus deren Gründen, zumal im dem citirten §. 123 keineswegs angeordnet ist, daß der Abhandlungsrichter von Amtswegen die Ungiltigkeit eines von ihm für ungiltig gehaltenen Testaments auszusprechen habe, und in dem vorliegenden Fall noch nicht festgestellt ist, ob nicht die letztwillige Anordnung der M in irgend einer Weise aufrecht erhalten werden kann.

Nr. 3495.

Pränotation des Miteigenthumes auf Grund einer in den Ehepacten bedungenen Errungenschaftsgemeinschaft.

Entsch. v. 25. August 1869, Nr. 9487 (Best. des Decr. des B. G. Hohenmauth v. 13. Februar 1869, Nr. 874, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 10. Mai 1869, Nr. 15410). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 27.

Nr. 3496.

Verweigerung des unentgeltlichen Vertreters in Fällen, wo Anwaltszwang nicht eintritt.

Entsch. v. 25. August 1869, Nr. 9571 (Best. des Decr. des Ausschusses der n. ö. Advocatenkammer v. 3. Juli 1869, Nr. 1777, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Juli 1869, Nr. 14580). G. H. 1869, S. 343.

Das Gesuch der A um Beigabe eines unentgeltlichen Vertreters für den von ihr gegen B in Fünfhaus intendirten, bei dem B. G. Sechshaus zu führenden Proceß wurde von dem Advocatenkammer-Ausschuß mit Berufung auf das 2. aliena des §. 16 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, Nr. 96 abgewiesen, vom O. L. G. hingegen mit Hinweisung auf §. 17 der a. G. O., wornach der Partei freisteht, in den zum mündlichen Verfahren geeigneten Fällen die Klage mündlich oder schriftlich anzubringen, auf §. 14 a. G. O. (Erforderniß der Advocatenzeichnung bei schriftlichen Klagen) und auf den Umstand, daß im Gerichtsbezirk Sechshaus mehr als zwei Advocaten ihren Sitz haben, bewilligt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der Advocatenkammer, weil in dem vorliegenden Fall weder die Natur der Streitsache noch der Wohnort der Parteien die Nothwendigkeit der Ueberreichung einer schriftlichen Klage herbeiführt und für die mündliche Klage, zu welcher die A nach §. 17 a. G. O. berechtigt ist, die Nothwendigkeit der Intervention eines Advocaten entfällt.

Nr. 3497.

Verweigerung des unentgeltlichen Vertreters in Fällen, wo Anwaltszwang nicht eintritt.

Entsch. v. 25. August 1869, Nr. 9573 (Best. des Decr. des Ausschusses der n. ö. Advocatenkammer v. 5. Mai 1869, Nr. 1312, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 7. Juli 1869, Nr. 13252). G. H. 1869, S. 343. G. Z. 1869, Nr. 105.

Sachverhalt, Entscheidung und Motive wie bei Entsch. vom 25. August 1869, Nr. 9571 (Nr. 3496 der Sammlung).

Nr. 3498.

Voraussetzungen der executiven Sicherstellung.

Entsch. v. 25. August 1869, Nr. 9575 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 3. April 1869, Nr. 32213, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 1. Juni 1869, Nr. 12265). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 24.

A, welcher gegen die in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft B den Anspruch auf eine lebenslängliche Pension von 31 fl. monatlich im Proceßweg durchgesetzt hatte, begehrte mit Hinweisung auf die Liquidation und sein daraus entstehendes Interesse der Sicherstellung die executive Intabulation des rechtskräftigen Urtheils auf den Liegenschaften der B zur Sicherstellung des obigen Pensionsanspruchs. Sein in erster Instanz bewilligtes Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil A in keiner Weise ersichtlich gemacht, nicht einmal angeführt hat, daß die Gesellschaft B ihrer urtheilsmäßigen Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei, die Letztere vielmehr mit der producirten Quittung des A die Zahlung aller bisher fälligen Pensionsraten dargethan hat, und weil in dem Umstand, daß die B in Liquidation begriffen ist, ein Moment der Gefährdung der urtheilsmäßigen Ansprüche des Executionsführers zur Begründung seines Begehrens nicht gefunden werden kann, da dieser Umstand ihm schon während des Processes ex actis bekannt war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus deren Gründen mit der weiteren Bemerkung, daß die Bedingungen, unter welchen nach dem bürgerlichen Recht oder nach der Gerichtsordnung eine Sicherstellung gefordert werden kann, hier nicht nachgewiesen sind, indem das Urtheil nicht auf Sicherstellung lautet und der darin enthaltene Zahlungsauftrag nach §. 301 a. G. O. erst dann exequirbar wird, wenn der Zahlungstermin fruchtlos verstrichen ist.

Nr. 3499.

Voraussetzungen der Sequestration auf Grund des §. 292 a. G. O.

Entsch. v. 25. August 1869, Nr. 9634 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Waitzenkirchen v. 25. Juni 1869, Nr. 1466 und des O. L. G. Wien v. 21. Juli 1869, Nr. 14046). G. Z. 1870, Nr. 80.

A, bücherlicher Eigenthümer einer ihm von B verkauften Liegenschaft belangte den B, welcher die Liegenschaft im physischen Besitz hat, auf Herausgabe derselben und wurde hinwieder von B auf Einräumung des Tabularbesitzes belangt. Während beide Processe anhängig waren, begehrte A die Sequestration der Liegenschaft nach §. 292 a. G. O., weil das Recht zum Besitz unter ihnen streitig sei.

In Uebereinstimmung mit den Untergerichten hat der oberste Gerichtshof das Sequestrationsgesuch abgewiesen, weil der §. 292 a. G. O., wie sich aus der Vergleichung dieses Paragraphen mit dem folgenden §. 293 in Verbindung mit §. 323 a. b. G. B. ergibt, nur dann Anwendung findet, wenn sich kein Theil im Besitz befindet, wie z. B. bei Erbrechtsstreitigkeiten, wenn noch kein Theil nach §. 810 a. b. G. B. in den Genuß der Verlassenschaft gesetzt worden ist, im vorliegenden Falle aber zugestandenermaßen C das Gut physisch besitzt, und der §. 293 a. G. O. (auf welchen übrigens das Begehren des A nicht gegründet war, da er ausdrücklich erklärt hatte, die Sequestration nach diesem §. nicht zu verlangen) wegen Abgang der Bedingungen nicht in Anwendung gebracht werden kann.

Nr. 3500.

Einfluß des Zwangscurses auf das Versprechen, einen Theil der Wechselschuld in Silber zu bezahlen.

Entsch. v. 1. Sept. 1869, Nr. 9080 (Best. des das Decr. des B. G. Eger v. 24. Februar 1869, Nr. 1003, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 4. Mai 1869, Nr. 14403). G. H. 1870, S. 119.

Nachdem die von dem Wechselgläubiger C gegen D erwirkte Zahlungsauflage per 2100 fl. österr. Währung im Executionsweg

auf der Liegenschaft des Letzteren intabulirt worden war, cedirte C von dieser Forderung 900 fl. dem A, welchem sich der Schuldner D in der Cessionsurkunde zur Zahlung der 900 fl. in Silbermünzen im Werth gleich 600 Thalern preußisch Courant verpflichtete. Diese Cession wurde ebenfalls auf der Liegenschaft des Schuldners intabulirt, welche einige Zeit darauf in Execution gezogen und zwangsweise verkauft wurde. Zur Vertheilung des Meistgebotes meldete nun A außer den 900 fl. ö. W. auch die Coursdifferenz von 165 fl. an und erwirkte von dem Executionsgericht die Anweisung derselben auf den Kaufschilling, — wogegen das O. L. G. auf den Recurs des dadurch beschädigten Pfandgläubigers B die 165 fl. von der Anweisung des A ausschloß.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz in der Erwägung, daß die kaiserl. Verordn. v. 7. Februar 1856, R. G. Bl. Nr. 21 (welche von dem Gericht erster Instanz mit Rücksichtnahme auf das intabulirte Versprechen des D, die 900 fl. in Silber zu zahlen, seiner Entscheidung zu Grunde gelegt wurde), hier keine Anwendung findet, wo es sich um einen Theil einer Wechselforderung handelt, die laut der intabulirten Zahlungsauflage in österr. Währung zu berichtigen ist und von welcher gar nicht behauptet wird, daß sie aus einem in klingender Münze gegebenen Darlehen entstanden sei; daß mithin die bei der Cession des C an A von dem Schuldner übernommene Verbindlichkeit zur Zahlung der cedirten 900 fl. in Silbermünze, im innern Werth gleich 600 Thlr. preuß. Courant, den spätern nach dem Cedenten C intabulirten Gläubigern nicht zum Nachtheil gereichen kann und daß dem B als einem dieser Gläubiger das Recht des Recurses gegen die erstgerichtliche Anweisung der Coursdifferenz für den Cessionär A allerdings zustand.

Nr. 3501.

Nichteröffnung des Concurses wegen Mangels eines zur Bedeckung der Kosten ausreichenden Vermögens.

Entsch. v. 1. Sept. 1869, Nr. 9240 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Prag v. 8. Mai 1869, Nr. 7506 und des O. L. G. Prag v. 9. Juni 1869, Nr. 18039). G. Z. 1870, Nr. 50. Gazz. dei Trib. 1870, Nr. 22.

Zur Hereinbringung einer Wechselforderung begehrte A wider B die executive Mobilarpfändung und Schätzung, welche Execution zwar bewilligt wurde, jedoch wegen Abganges eines der Execution unterworfenen Objects nicht vorgenommen werden konnte. Um den Schuldner zur Zahlung zu bewegen, überreichte weiter der Gläubiger eine Bedeckungsklage, auf welche dem Beklagten bedeutet wurde,

daß im Falle der Nichtbedeckung oder Nichtmitbringung seines Vermögens- und Schuldenverzeichnisses wider den Schuldner der Concurs verhängt werden würde. Der Beklagte erschien auch zu der auf die Bedeckungsklage angeordneten Tagsatzung nicht, und es begehrte endlich der Gläubiger die Concurseröffnung wider denselben. — Das Gericht erster Instanz hat diesem Begehren keine Folge gegeben, ebensowenig das O. L. G., weil der §. 66 der C. O. vom 25. December 1868 ausdrücklich anordnet, daß im Falle das Vermögen des Schuldners zu gering ist, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken, der Concurseröffnung nicht stattzugeben ist, im gegebenen Falle aber durch den auf die Pfändung erlassenen Bescheid des Gerichtes bewiesen ist, daß außer den bereits gepfändeten, allein von der Frau des B als ihr Eigenthum exscindirten Effecten kein Vermögen vorgefunden worden ist, wodurch seine Vermögenslosigkeit noch klarer an den Tag gelegt ist, als wenn er sie bei der angeordneten Tagfahrt behaupten würde; und weil der Umstand, daß in dem Klagebescheid die Sanction der Eröffnung des Concurses im Fall des Ausbleibens des B oder der Nichtbedeckung des A, nicht entscheidend ist, da mit diesem Bescheid noch keine Rechte erworben worden sind und der Richter, im Fall der Concurs nach §. 66 der C. O. eröffnet werden soll, von Amtswegen zu untersuchen hat, ob der Schuldner ein zur Deckung der Kosten der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen besitze.

Der oberste Gerichtshof verwarf mit Hinweisung auf die vorstehenden Motive den a. o. Recurs des A.

Nr. 3502.

Unzulässigkeit der Pfändung des zur Alimentation der geschiedenen Gattin eines Beamten bestimmten Theiles seines Gehaltes.

Entsch. v. 1. Sept. 1869, Nr. 9633 (Best. des das Decr. des B. G. Leopoldstadt in Wien v. 11. Juni 1869, Nr. 10316, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 14. Juli 1869, Nr. 13285). G. H. 1869, S. 400.

Der landesfürstliche Beamte A, welchem seine geschiedene Ehefrau B zur Zahlung einer Forderung von 29 fl. condemnirt worden ist, nachdem die Letztere zur Sicherstellung ihrer urtheilsmäßigen Alimentenforderung gegen A das executive Pfandrecht auf dessen Gehalt erwirkt hatte, begehrte nun für seine Forderung die executive Pfändung der Alimentenforderung und die Vormerkung des executiven Superpfandrechts bei dem von der B auf seinen Gehalt erworbenen executiven Pfandrecht.

Der oberste Gerichtshof verwarf dieses Gesuch, weil nach dem Hofdcr. v. 25. November 1840, J. G. S. Nr. 482, der von einem k. k. Beamten seiner Gattin aus dem Gehalt zu leistende Unterhalt als ein Theil seiner Besoldung zu betrachten, demnach als frei von der Execution zu behandeln, und bei dieser ausnahmslosen Vorschrift der von A angeführte Umstand, daß seine Forderung aus dem Verhältniß als Ehegatte herrühre, nicht zu berücksichtigen ist.

Nr. 3503.

Anspruch des Advocaten auf Zurückbehaltung oder Deponirung eines Betrages zur Deckung seiner im Streite über die Bemessung seines Deservites erwachsenden Kosten?

Entsch. v. 1. Sept. 1869, Nr. 9795 (Best. des das Decr. des B. G. Arnfels v. 30. April 1869, Nr. 2038, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 9. Juni 1869, Nr. 6729). G. H. 1869, Nr. 408.

Nachdem der Advocat A für seine Clientin B im Proceßweg eine Geldforderung im Betrag von 552 fl. hereingebracht und eincassirt hatte, legte er ihr die Rechnung seiner Expensen und seines Deservits vor, welche 144 fl. ausmachte, allein von der B nicht anerkannt wurde. Sie forderte von A die Ausfolgung des die Rechnung übersteigenden Betrags der eincassirten Barschaft per 408 fl., wozu sich aber A nicht verstand, indem er erklärte, von diesen 408 fl. noch einen Theil zur Deckung seiner Kosten in dem nunmehr bevorstehenden Streit wegen der Expensen zurückbehalten zu müssen. Die B lehnte das Offert der Theilzahlung ab, und nun überreichte A bei dem Proceßgericht das Gesuch um gerichtliche Verwahrung des der Forderung der B, nach Abzug der Deckungssumme für seine ferneren Auslagen, entsprechenden Theilbetrags der von ihm eincassirten Barschaft und um vorgängige Tagfahrt zur Feststellung des Betrages seiner Forderung für Auslagen und Verdienst und des seinerseits zu deponirenden Barschaftsbetrages. — Das in erster Instanz aufrecht, durch Anordnung der begehrten Tagfahrt, verbeschiedene Gesuch wurde in zweiter Instanz sofort zurückgewiesen, weil nach §. 19 der Advoc.-Ordnung v. 6. Juli 1868, Nr. 96 der Advocat, welchem die Richtigkeit und Höhe seiner Forderung für Auslagen und Verdienst von dem Clienten bestritten wird, allerdings zu seiner Deckung zum gerichtlichen Erlag der ihm eingegangenen Barschaft bis zur Höhe der bestrittenen Forderung befugt ist und an diesem Depositum für seine Forderung ein gesetzliches Pfandrecht hat, hier aber von A eine über diese Deckung hinausgehende Caution, nämlich auch für seine Kosten in dem eventuellen Streit mit der B angestrebt wird, was ungesetz-

lich ist; weil ferner A das Deponirungsgesuch vorschriftswidrig bei einem andern Gericht, als das Personalgericht der B, angebracht hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz aus deren Gründen und in der weitern Erwägung, daß das Gericht zur Intervention behufs der Ermittelung der Höhe des bestrittenen Betrags und der zu deponirenden Geldsumme und zur Beilegung dieser Angelegenheit weder nach dem §. 19 der citirten Advoc.-Ordn., noch nach den Bestimmungen der §§. 268 u. 269 a. G. O. u. des Hofdcr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 berufen war.

Nr. 3504.

Eventuelle Erbserklärung.

Entsch. v. 1. Sept. 1869, Nr. 9796 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Gonobitz v. 20. Mai 1867, Nr. 2496 und des O. L. G. Graz vom 2. Juli 1867, Nr. 7215). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 36.

Zum Nachlaß des kinderlos verstorbenen M hatten sich ex lege dessen Mutter B, aus einem Erbvertrag seine Witwe C erbserklärt und war bei dem Widerstreit dieser Erbserklärungen die B zur Anstellung der Erbrechtsklage gegen die C verwiesen worden, welche von ihr, nach dem inzwischen eingetretenen Tod der C gegen deren gesetzliche Erben A angebracht wurde. Während des Processes überreichten nun die beklagten A für den eventuellen Fall ihres Unterliegens im Rechtsstreit in Vorstellung der C die bedingte Erbserklärung ex lege (§. 758 a. b. G. B.) zu dem beim Wegfall des Vertragserbrechts der C derselben ex lege zukommenden vierten Theil der Verlassenschaft des M. — Gegen die erstgerichtliche Annahme dieser Erbserklärung recurrirte die B an das O. L. G. und wurde abgewiesen, weil das mit der beanständeten Erbserklärung geltend gemachte Erbrecht den A im Fall der Nichtanerkennung des im Proceß verfangenen Vertragserbrechtes nach §. 758 a. b. G. B. jedenfalls zustände, diese Erbserklärung von ihnen nur für diesen eventuellen Fall angebracht und vom Erbschaftsgericht mit dem angefochtenen Bescheid, daß „die umstehende bedingte Erbserklärung angenommen wird", selbstverständlich nur für den besagten eventuellen Fall angenommen wurde, und weil durch die §§. 806 u. 808 a. b. G. B. den Erbsinteressen unbenommen ist, ihre Erbrechte, falls sie aus dem einen Titel gerichtlich aberkannt würden, immer noch aus einem zweiten giltigen Titel geltend zu machen.

Mit Berufung auf diese Motive hat der oberste Gerichtshof den a. o. Recurs der B gegen die untergerichtlichen Verordnungen verworfen.

Nr. 3505.

Voraussetzungen, unter welchen über die vom Executionsführer vorgeschlagenen Feilbietungsbedingnisse die anderen Betheiligten zu vernehmen sind; Festsetzung des Zahlungstermines.

Entsch. v. 2. Sept. 1869, Nr. 10128 (Best. des Decr. des B. G. Waidhofen a. d. Ybbs v. 3. August 1869, Nr. 2340, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. August 1869, Nr. 16728). G. Z. 1869, Nr. 80.

Die Eheleute ergriffen gegen die bewilligte executive Feilbietung ihres Hauses den Recurs aus dem Grunde, weil ohne Einholung ihrer und der Satzgläubiger Zustimmung die vom Executionsführer eingelegten Feilbietungsbedingnisse ohneweiters genehmigt wurden, und weil die in diesen Feilbietungsbedingnissen enthaltene Festsetzung eines dreimonatlichen Zahlungstermines mit Rücksicht auf den Schätzungswerth des Hauses per 1000 fl., deshalb auf den Erfolg der Feilbietung nachtheilig sein könne, weil die wenig bemittelten Kauflustigen vor diesem kurzen Zahlungstermin zurückschrecken würden. — Von dem O. L. G. wurde der angefochtene Feilbietungsbescheid aufgehoben und der ersten Instanz aufgetragen über diese Einwendungen der Executen nach vorläufiger Einvernehmung des Executionsführers und der Satzgläubiger zu entscheiden, und sohin nach Rechtskraft dieser Entscheidung mit einer neuerlichen Erledigung des Feilbietungsgesuches vorzugehen, da den Executen nicht benommen werden könne, gegen die von dem Executionsführer vorgeschlagenen Feilbietungsbedingnisse die ihnen geeignet scheinenden Einwendungen zu machen und hierüber die Entscheidung des Gerichtes zu begehren.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz in der Erwägung, daß die dem Feilbietungsgesuche angeschlossenen Feilbietungsbedingnisse die gesetzlichen Bedingungen, unter welchen die executive Feilbietung einer Realität nach den Vorschriften der a. G. O. statthaben kann, nicht überschreiten, daher eine bezügliche Vernehmung der Executen und Satzgläubiger vor Erledigung des Feilbietungsgesuches nicht nothwendig erscheint und die Executen in dem Appellationsrecurse lediglich dagegen Beschwerde erhoben, daß der Meistbot binnen drei Monaten nach dem Erstehungstage zu berichtigen ist, dieser Beschwerdepunkt jedoch in Hinblick auf den Schätzungswerth des Hauses von 1000 fl. und auf den Umstand, daß der Executionsführer berechtigt ist, die unverzügliche Befriedigung seiner Forderungen von 362 fl. und 288 fl. 67 kr. sammt Nebengebühren zu verlangen, unbegründet erscheint.

Nr. 3506.

Verweigerung des unentgeltlichen Vertreters in Fällen, wo Anwaltszwang nicht eintritt.

Entsch. v. 7. Sept. 1869, Nr. 10283 (Best. des Decr. des Ausschusses der n. ö. Advocatenkammer v. 5. August 1869, Nr. 2059, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 18. August 1869, Nr. 16257). G. H. 1869, S. 343. G. Z. 1870, Nr. 1.

Sachverhalt, Entscheidung und Motive wie bei Entsch. vom 25. August 1869, Nr. 9571 (Nr. 3496 der Sammlung).

Nr. 3507.

Bestandstreitsachen: Frist für den Eidesantritt bei Streitsachen, welche lediglich die Zahlung des Zinses betreffen.

Entsch. v. 9. Sept. 1869, Nr. 9887 (Best. des Decr. des B. G. Neulengbach v. 9. Juli 1869, Nr. 2357, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 28. Juli 1869, Nr. 14732). G. Z. 1870, Nr. 47. G. H. 1869, S. 356 und 1870, S. 131.

Auf die von Außen mit der Bezeichnung „In Bestandsachen" versehene Klage des A gegen B wegen Zahlung eines Pachtzinsausstandes von 155 fl. wurde, mit Bezugnahme auf die kaiserl. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 im Klagebescheid, der Proceß eingeleitet und nach dessen Schluß auf einen Haupteid des B erkannt, welchen er am neunten Tag nach der Zustellung des Urtheils antrat. — Diese in erster Instanz aufrecht verbeschiedene Eidesantretung wurde von dem O. L. G. als verspätet zurückgewiesen mit Berufung auf den §. 15 der oben citirten Verordnung, nach welchem das Urtheil am dritten Tage nach der Zustellung in Rechtskraft erwachsen und der Eid innerhalb der nächstfolgenden drei Tage anzutreten war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, da die ausnahmsweise Bestimmung des §. 15 der Verordnung vom 16. November 1858, Nr. 213 nach dem Eingange dieser Gesetzesstelle nicht auf Verhandlungen wegen Zahlung eines Pachtschillingsbetrages Anwendung findet, vielmehr rücksichtlich der Rechtskraft des im vorliegenden Fall geschöpften Urtheiles der §. 12 dieser Verordnung und der §. 44 des Justizhofdecretes vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906 anzuwenden sind, nach diesen Vorschriften aber (Rechtskraft des Urtheils mit Ablauf des achten Tages seit dessen Zustellung) die Eidesantretung des B nicht verspätet war.

Nr. 3508.

Unzulässigkeit der Anrufung der ordentlichen Gerichte auf Grund des Art. 15 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt in Angelegenheiten, welche an Specialcommissionen gewiesen sind (Servitutenablösung).

Entsch. v. 10. Sept. 1869, Nr. 9806 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Krakau v. 24. Februar 1869, Nr. 2573 und des O. L. G. Krakau v. 12. Mai 1869, Nr. 6194). G. H. 1870, S. 59.

Nachdem die für die Regulirung und Ablösung der im Patent vom 5. Juli 1853, R. G. Bl. Nr. 130 bezeichneten Servituten und gemeinschaftlichen Besitz- und Benutzungsrechte eingesetzte Landescommission in Krakau der Grundherrschaft B das Besitz- und Benutzungsrecht der Hutweide X gemeinschaftlich mit der Gemeinde A zuerkannt, die Aufhebung der Gemeinschaft durch Theilung der Hutweide ausgesprochen, und demnach der Gemeinde ein Stück des Weidegrundes zugewiesen und die Uebergabe desselben an die Gemeinde verfügt hatte, trat die Letztere gegen die Grundherrschaft mit der Eigenthumsklage auf, indem sie das Eigenthum für die ganze Hutweide in Anspruch nahm und jenes Stück der Hutweide vindicirte, welches durch die Entscheidung der Landescommission der Beklagten zugewiesen worden war. Dagegen vertheidigte sich die Grundherrschaft mit der Einwendung der Incompetenz der Gerichte. — In erster und zweiter Instanz wurde dieser Einrede stattgegeben und die Klage zurückgewiesen. — Die Klägerin ergriff den a. o. Revisionsrecurs, in welchem sie sich auf den Art. 15 des Staatsgrundgesetzes v. 21. December 1867, R. G. Bl. Nr. 144 berief, wornach in allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde (die Krakauer Landescommission) nach den bestehenden (Patent v. 5. Juli 1853, R. G. Bl. Nr. 130) oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachtheiligten der ordentliche Rechtsweg gegen die andere Partei offen steht. Am Schlusse des Recurses bat die Klägerin, daß die Sache zur Entscheidung des Competenzconflictes dem Reichsgericht vorgelegt werde.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs aus folgenden Gründen: Durch das citirte Patent v. 5. Juli 1853, Nr. 130 (§. 33) ist der Klägerin der Rechtsweg ausdrücklich verschlossen und der von ihr angerufene Art. 15 des Staatsgrundgesetzes v. 21. December 1867, Nr. 144 kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil die Entscheidung, gegen welche sie den Rechtsweg betreten will, nicht von einer reinen Verwaltungsbehörde, sondern von einem durch das Gesetz für die in Rede stehende Angelegenheit eigens zusammengesetzten Gericht endgiltig gefällt worden ist. Die angesuchte Uebersendung an das Reichsgericht aber kann deshalb nicht stattfinden, weil ein Competenzconflict nicht vorliegt.

Nr. 3509.

Geltendmachung des Privilegiums der Nationalbank bei Feststellung der Bedingnisse der einem ihr vorgehenden Gläubiger bewilligten Feilbietung.

Entsch. v. 14. Sept. 1869, Nr. 9543 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des K. G. Görz v. 24. März 1869, Nr. 1381 und des O. L. G. Triest v. 19. Mai 1869, Nr. 2737). G. H. 1869, S. 356.

Nachdem auf Einschreiten des A die executive Feilbietung des Hauses seines Schuldners B unter den von A vorgelegten Licitationsbedingnissen bewilligt worden war, begehrte die priv. österr. Nationalbank als Hypothekargläubigerin die Aufnahme der Bedingniß in dem Versteigerungsedict, daß der Ersteher die Forderung der Nationalbank binnen 14 Tagen nach Genehmigung der Feilbietung zu Handen derselben zu befriedigen oder sonst sich mit ihr abzufinden habe. — Dieses Begehren wurde von beiden Gerichten abgewiesen, weil die beantragte Bedingung der unmittelbaren Befriedigung der Nationalbank ohne Zwischenkunft des Richters und des Executionsführers eine Ausnahme wäre, welche die Kaufschillingsvertheilung ganz beseitigen würde, und doch dieser vorbehalten bleibt, festzusetzen, ob und in welchem Maß die Nationalbank zu befriedigen sei.

„In Erwägung, daß nach §. 32 der a. h. genehmigten und mit Finanz-Ministerialerlaß vom 20. März 1856, R. G. Bl. Nr. 36 kundgemachten Statuten der bei der priv. österr. Nationalbank errichteten Abtheilung für den Hypothekarcredit die der Nationalbank eingeräumte Berechtigung zur Entwerfung der Versteigerungsbedingnisse die Befugniß in sich schließt, auch in dem Fall, wo ein anderer Gläubiger, als sie selbst, die Execution führt, zu den von Letzterem entworfenen Licitationsbedingnissen ihre besonderen Anträge zu stellen, und daß diese Berechtigung keineswegs durch die Priorität der Forderung der Nationalbank bedingt ist, sondern auch den im Rang ihr vorgehenden Gläubigern gegenüber gilt; daß die von der Nationalbank beantragte Bedingniß dem in den erwähnten Statuten ausgesprochenen Zweck der beschleunigten Befriedigung der Forderung der Nationalbank entspricht und daher der Genehmigung derselben ein Anstand umsoweniger entgegen stehen kann, als das zu erzielende Meistgebot zur Befriedigung der Vorzugsposten und der Forderung der Nationalbank wohl hinreichen dürfte und die Gefahr der Beschädigung der weitern Gläubiger um so minder vorliegt, da nach Analogie des §. 35 der citirten Statuten die Nationalbank ohnehin verpflichtet ist, im Fall ihr ein größerer Betrag als der ihr anzuweisende ausgezahlt worden wäre, den empfangenen Mehrbetrag nebst Zinsen zu ersetzen; daß demnach die untergerichtlichen Verordnungen, wodurch die Genehmigung der verlangten zusätzlichen Bedingung verweigert wurde, eine offenbare Gesetzwidrigkeit enthalten", hat der oberste Gerichtshof die Aufnahme der von der Nationalbank gestellten Bedingniß in dem Feilbietungsedict angeordnet.

Nr. 3510.

Ehescheidungsproceß: Zeitpunkt für die Vernehmung von Zeugen, behufs Regelung des Provisoriums.

Entsch. v. 14. Sept. 1869, Nr. 10180 (Best. des Decr. des K. G. Kuttenberg v. 22. Juni 1869, Nr. 3682, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 19. Juli 1869, Nr. 23573). G. H. 1870, S. 118.

In dem von der A gegen ihren Gatten B eingeleiteten Ehescheidungsproceß hatte die A auch die einstweilige Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes und des Unterhalts begehrt, worauf das Gericht noch im Zuge der Streitverhandlung die Vernehmung der Zeugen verordnete (Hofdcr. v. 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 und §. 22 westg. G. O.), auf welche sich die Klägerin berief, um darzuthun, daß sie der gefährdete Theil sei. — Das O. L. G. war der Ansicht, daß die Zeugenvernehmung erst nach geschlossener Streitverhandlung stattfinden könne und verordnete deshalb die Fortsetzung der Verhandlung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verfügung. Gründe: Da der Richter in Ehescheidungsstreitigkeiten nach §. 1 des Hofdcr. vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 von Amtswegen zu verfahren hat und nach §. 4 dieser Vorschrift in der Verhandlung selbst an keine anderen Regeln gebunden ist, als diejenigen, welche das Wesentliche einer einfachen, zweckmäßigen und gründlichen Untersuchung des Streitgegenstandes ausmachen, so kann ihm nicht verwehrt werden, auch noch vor beendigter Verhandlung die Vernehmung von Zeugen zu verfügen, wenn er dieselbe zur Entscheidung der Frage, ob dem Begehren der Ehegattin um provisorische Bewilligung eines abgesonderten Wohnorts und des anständigen Unterhalts stattzugeben sei, als nothwendig erachtet.

Nr. 3511.

Löschung der Streitanmerkung wegen unterbliebener Zustellung der Klage.

Entsch. v. 14. Sept. 1869, Nr. 10465 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Laun v. 23. Februar 1869, Nr. 1950 und des O. L. G. Prag v. 20. Juli 1869, Nr. 16872). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 22.

Nr. 3512.

Geschäftsvermittlung: Unstatthaftigkeit der Ausbedingung einer Provision von beiden Parteien.

Entsch. v. 16. Sept. 1869, Nr. 4658 (Best. des Urth. des B. G. der innern Stadt Wien v. 23. August 1868, Nr. 2535, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 24. Dec. 1868, Nr. 20212). G. H. 1869, S. 404.

A hatte von den Eheleuten C gegen das Honorar von 1000 fl. übernommen, ihnen für ihr Gasthausgeschäft einen Käufer zu verschaffen; er trug nun dem B den Kauf eines solchen Geschäftes an und bezeichnete demselben — wie A behauptet, B aber leugnet — die Verkäufer C, resp. das zum Verkauf stehende bestimmte Geschäft, erst nachdem ihm B für den Fall des Zustandekommens des Kaufes die Provision von 400 fl. versprochen hatte. Nach geschlossenem Kauf belangte A den B auf die Zahlung der 400 fl., und wurde in erster Instanz abgewiesen. — Das O. L. G. verurtheilte den B nach dem Klagebegehren unter der Bedingung des von A mittelst Haupteidesdelation erbrachten Beweises der Zusage der Provision, weil es sich hier nicht um ein Mandat, sondern um einen Lohnvertrag handle, bei welchem kein Hinderniß dagegen obwalte, daß für eine und dieselbe Bemühung ein bestimmter Lohn oder Vermittlungshonorar sowohl von dem Verkäufer als von dem Käufer ausbedungen werde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das abweisende Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Wenn auch die Erfüllung des Auftrags der Eheleute C an A im Sinn des §. 1151 a. b. G. B. an sich eine Dienstleistung mit dem Anspruch auf Lohn ist, so war doch die Thätigkeit des Letzteren nicht auf das bloße Suchen eines Käufers beschränkt, sondern das Gebahren eines Geschäftsvermittlers zur Einleitung und Vermittlung eines in Folge dessen in der That zu Stande gekommenen Kaufes. So wie nun der Mandatar für die von den Mandanten zu verlohnende Erfüllung des von demselben übernommenen Auftrags, nach §. 1013 a. b. G. B. nicht auch von demjenigen, mit welchem er zur Erfüllung des Auftrags in Geschäfsverkehr getreten war, sich bezahlen lassen darf, ohne eine besondere, nicht in der Erfüllung des Mandats gelegene Dienstleistung zu verrichten, kann auch das Verhalten des A als Geschäftsvermittler, welcher von den Eheleuten C für die Erfüllung des Mandats sich 1000 fl. geben und darauf zum offenbaren Schaden derselben — da jede größere Belastung des etwaigen Käufers auf das Kaufgeschäft und den Kaufschilling für die Mandanten C nachtheilig einwirken muß — von dem gefundenen Käufer B blos für die Nennung des käuflichen Wirthsgeschäfts ein Honorar von 400 fl. sich versprechen ließ, im Sinn des §. 1013 a. b. G. B. nicht als ein den gerechten Anforderungen der C entsprechendes, sondern nur als ein den Pflichten, welche A mit der Annahme des Mandats übernommen hat, widerstreitendes Verhalten desselben angesehen und daher sein Anspruch auf das eingeklagte Honorar nach der citirten Gesetzstelle nicht als aufrecht erkannt werden.

Nr. 3513.

Voraussetzungen der Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Beschwörung seines Vermögensstandes.

Entsch. v. 16. Sept. 1869, Nr. 10284 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 15. Juni 1869, Nr. 32906 und des O. L. G. Wien vom 21. Juli 1869, Nr. 14231). G. H. 1869, S. 381.

Nachdem A unter der Herrschaft der C. O. vom 1. Juli 1781 gegen seinen Schuldner B die Anordnung der im §. 3 bezeichneten Tagfahrt und die Ertheilung des gerichtlichen Auftrages an B, den A zu bedecken oder seinen Vermögens- und Schuldenstand zur Tagfahrt mitzubringen, erwirkt hatte, trat die gesetzliche Kraft der C. O. vom 25. December 1868 ein und wurde das Begehren des A um die Concurseröffnung abgewiesen, weil er nicht gezeigt hatte, daß B mehrere persönliche Gläubiger habe, noch daß er ein zur Deckung der Concursverhandlung hinreichendes Vermögen besitze (§. 66 1. Absatz der neuen C. O.). Nun begehrte A nach §. 66 2. Absatz der C. O., daß B zur Leistung des Eides, von seinem Vermögen nichts verschwiegen zu haben, angehalten werde. — Dieses Begehren wurde in erster Instanz zurückgewiesen, weil B bisher sein Vermögen nicht angegeben hat (von der nach dem §. 3 der alten C. O. anberaumten Tagsatzung war B ausgeblieben), mithin der in §. 66 2. Absatz vorausgesetzte Fall nicht vorliege. — Auf den Recurs des A, worin er anführte, daß B schon auf das Pfändungsgesuch des A erklärt habe, kein zur Deckung der Forderung hinreichendes Vermögen zu besitzen, daß diese Erklärung genüge, um ihn zum Eid anzuhalten, oder daß mindestens eine Tagfahrt anzuordnen und B zur verpflichten sei, bei derselben sein Vermögen anzugeben, im widrigen Fall den Eid zu schwören, bestätigte das O. L. G. den erstgerichtlichen Bescheid in der Erwägung, daß eine Vermögensangabe des B nicht vorliegt, in der Relation des mit der Pfändung betrauten Gerichtsdieners nichts enthalten ist, worauf die Bemerkung, daß keine Deckung vorhanden ist, sich gründet, und nach §. 66 2. Abs. der C. O. die Eidesleistung nur in dem hier nicht vorliegenden Fall zuzulassen ist, wenn der Concurseröffnung wegen Geringfügigkeit des vom Schuldner angegebenen Vermögens nicht stattgegeben wurde.

Der oberste Gerichtshof hat den a. o. Recurs des A mit der Bemerkung verworfen, daß in der Anschauung der Untergerichte über die Auslegung des §. 66 der C. O. v. 25. December 1868, Nr. 1 des R. G. Bl. vom J. 1869 in Betreff des vom Schuldner abzulegenden Eides der Nichtverschweigung seines Vermögens eine Ungerechtigkeit nicht erkannt werden kann.

Nr. 3514.

Besitzstörung durch Untersagung der Arbeit auf dem Grundstück.

Entsch. v. 21. Sept. 1869, Nr. 10573 (Best. des Decr. des B. G. Grein v. 29. Juli 1869, Nr. 2424, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 18. August 1869, Nr. 16414). G. H. 1869, S. 380.

Nachdem B in possessorio summariissimo der Störung des A im Besitz eines Grundstücks durch das Abhauen von Holz und Rohr schuldig erkannt und jede fernere Besitzstörung bei Geldstrafe ihm untersagt worden war, machte A bei Gericht die Anzeige, daß B die von ihm auf das Grundstück zur Arbeit abgeschickten Taglöhner weggejagt und die Arbeit ihnen untersagt habe, und begehrte die im Urtheil angedrohte Bestrafung des B. In der auf dieses Gesuch vorgenommenen Verhandlung ward festgestellt, daß B mit Berufung auf ein angebliches Provisorium, wornach vorläufig alles in statu quo zu verbleiben hätte, die Arbeiter zum Weggehen aufgefordert und daß dieselben der Aufforderung Folge geleistet haben; nur darin stimmten die Zeugenaussagen nicht überein: ob nämlich die Aufforderung in der Form eines Ersuchens oder in jener eines Befehls geschehen sei. — Die erste Instanz bewilligte das Begehren des A; das O. L. G. verwarf dasselbe, vornehmlich deshalb, weil die Glaubwürdigkeit des Zeugen, welcher ein Befehlen und Drohen des B aussagte, durch die Angaben der andern Zeugen, zumal des Verwalters des A selbst erschüttert wird, welch' letzterer von Befehlen und Drohungen des B nichts wußte und der einfachen Abmahnung des B gewichen ist, da ihm als dem Vorgesetzten der Taglöhner doch zugestanden wäre, Einwendungen zu erheben, anstatt sich freiwillig der Abwehr des B zu fügen.

In Erwägung, daß nach allen Zeugenaussagen den Arbeitern des A das Abmähen in der Form des Befehles, der Aufforderung oder des einfachen Ersuchens mit dem Erfolg des Unterbleibens des Mähens untersagt worden ist; daß ein solches Untersagen, selbst abgesehen von der Form der Aeußerung, noch mehr aber in der Form des Befehls oder der Aufforderung, wie dieselbe von einem Zeugen bestätigt wird, eine Besitzstörung ist, da durch dieselbe A in der Ausübung des Besitzes gestört wurde, — hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt.

Nr. 3515.

Aufhebung des Concurses wegen Mangels eines realisirbaren Vermögens.

Entsch. v. 21. Sept. 1869, Nr. 10833 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 30. Juni 1869, Nr. 31382 und des O. L. G. Wien vom 4. August 1869, Nr. 15453). G. H. 1869, S. 385.

Das von dem Verwalter einer Concursmasse angebrachte Gesuch um Aufhebung des Concurses wegen Mangels eines realisirbaren, flüssigen Vermögens (§§. 154 u. 66 C. O.), wurde, nachdem mehrere Gläubiger bei der auf dieses Gesuch angeordneten Tagfahrt sich dagegen erklärt hatten, von beiden Untergerichten abgewiesen und der gegen diese Verordnungen ergriffene a. o. Revisionsrecurs von dem obersten Gerichtshof mit der Motivirung verworfen, daß die Realisirung der Forderungen des Cridars (in welchen das Concursvermögen besteht), noch in keiner Weise versucht worden ist, daher in den untergerichtlichen Entscheidungen eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden kann.

Nr. 3516.

Execution zur Sicherstellung während des Rechtsmittelzuges: Bescheinigung einer Gefahr?

Entsch. v. 22. Sept. 1869, Nr. 10668 (Best. des Decr. des H. G. Wien v. 26. April 1869, Nr. 40255, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Mai 1869, Nr. 9425). G. Z. 1869, Nr. 102.

A verlangte gegen B auf Grund eines ihm günstigen Urtheiles, welches B mit der Appellation angefochten hatte, zur Sicherstellung des ihm zuerkannten Betrages die executive Pfändung des beweglichen Vermögens des B, welche in erster Instanz bewilligt, in zweiter Instanz jedoch aus folgenden Gründen abgeschlagen wurde: Der §. 12 der Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, Nr. 130 R. G. Bl., bestimmt, daß die Vorschriften der darin bezeichneten Paragraphen auch in allen übrigen Fällen Anwendung finden, in welchen durch die Gerichtsordnung während der Dauer eines anhängigen Processes die Execution zur Sicherstellung als provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zulässig erklärt ist. Durch diesen §. 12 ist also nur bestimmt, daß, im Falle die Voraussetzung des §. 259 a. G. O. eintritt, die Execution zur Sicherstellung in der bezeichneten Weise zu führen sei, und sind in dieser Beziehung die Hofdecrete vom 18. April 1785, Nr. 409 und v. 16. Juli 1787, Nr. 696 J. G. S., abgeändert worden. Dagegen ist noch immer der §. 259 a. G. O. insofern in Kraft, als der Richter zu beurtheilen hat, ob der in erster Instanz obsiegende Theil einer Sicherstellung

während des Zuges der Appellation bedürfe. Diese Frage war aber hier zu verneinen, weil der Kläger in seinem Gesuch nicht im mindesten dargethan hat, daß er wegen seinerzeitiger Erlangung des ihm zuerkannten Betrages bei dem Geklagten in Gefahr stehe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid des Handelsgerichtes, weil der dem A zuerkannte Betrag unbedeckt ist, daher einer Sicherstellung bedarf und der Nachweis einer Gefahr wegen Erlangung der Zahlung selbst, abgesehen von der Dauer des Processes, nach §. 259 a. G. O. um so minder erforderlich war, als selbst in den Fällen des §. 298 a. G. O. und des Hofdcr. vom 7. Mai 1839, Nr. 358, wo es nur einer vollkommenen Glauben verdienenden Urkunde bedarf, ohne Bescheinigung einer solchen Gefahr die Execution bis zur Sicherstellung zu bewilligen ist.

Nr. 3517.

Störung im Besitz der Luftsäule?

Entsch. v. 28. Sept. 1869, Nr. 10518 (Best. der Decr. des B. G. Mezzolombardo v. 4. Mai 1869, Nr. 3155, Abänd. des Decr. des O. L. G. Innsbruck v. 22. Juli 1869, Nr. 2686). G. H. 1869, S. 430.

Der Hofraum zwischen den Häusern des A und des B gehört dem A, welcher den B, der an einem Fenster des zweiten Stockwerks seines Hauses an der Hofseite des Letztern Läden, die sich auf den Hof öffnen, angebracht hatte, deshalb in possessorio summariissimo belangte, weil diese Außenläden in die Luftsäule des Hofes über einem von A dem Hause des B angebauten und besessenen Abort im Hofe hineinragen. — Das O. L. G. qualificirte dieses Factum als Besitzstörung, weil das Recht des Klägers zu dem ausschließenden Besitz der über seinem Hof sich erhebenden Luftsäule, welches ihm vermöge der Pertinenzeigenschaft der Luftsäule (§§. 297 u. 422 a. b. G. B.) zusteht, dadurch beschränkt erscheine.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die das Klagebegehren abweisende Entscheidung der ersten Instanz mit folgender Motivirung: In der Thatsache, daß B ein seit langer Zeit im zweiten Stock seines Hauses befindliches Fenster von Außen mit Läden versehen hat, welche im Fall der — im Proceß nicht bewiesenen — Oeffnung derselben in den senkrecht über den Hof des A sich erhebenden Luftraum des A eindringen würden, kann nicht eine Störung des Besitzes des Hofraumes oder des Abortes erkannt werden, da nicht vorliegt und nicht einmal behauptet worden ist, daß A von diesem Luftraum zumal bis zur Höhe des Fensters des B in irgend einer Weise je Gebrauch gemacht hat.

Nr. 3518.

Voraussetzungen der Eidesabnahme durch ein anderes Gericht.

Entsch. v. 28. Sept. 1869, Nr. 11102 (Best. des Decr. des B. G. Josefstadt in Wien v. 26. Juni 1869, Nr. 6387, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 28. Juli 1869, Nr. 14548). G. H. 1869, S. 420.

In der von dem Kläger A beim Proceßgericht in Wien überreichten Haupteidesantretung, auf welche das Gericht zur Ablegung des Eides die Tagfahrt anordnete, war A als in Wien wohnhaft bezeichnet. Bei der Tagfahrt erschien der Vertreter allein, führte an, daß sein Client A als Eisenbahnbeamter nach Pest übersiedelt sei, und bat um Erlassung des Requisitoriums an das dortige Gericht zur Abnahme des Eides. Da der erschienene Beklagte B das Factum der Uebersiedelung in Abrede stellte, bat der Vertreter des A in zweiter Linie um Ueberlegung der Tagfahrt. — Das Gericht erster Instanz schlug die erste Bitte ab, weil nicht einmal behauptet, viel weniger bewiesen wurde, daß A, welcher in der Eidesantretung als in Wien wohnend angeführt ist, erst nach derselben von Wien nach Pest übersiedelt sei, und bewilligte die Erstreckung der Tagfahrt zur Ablegung des Eides durch A bei dem Proceßgericht. — Das O. L. G. hingegen willfahrte dem Gesuch um Abnahme des Eides in Pest, weil zwar die Uebersiedelung des Klägers A nach Pest vom Beklagten widersprochen wurde, allein nicht vorauszusetzen ist, daß A, dem daran gelegen sein muß, durch die Ablegung des sententionirten Eides die freie Verfügung mit den von ihm vindicirten Mobilien zu erlangen und die Aufhebung der von B gegen einen Dritten darauf geführten Execution zu erwirken, desfalls eine falsche Angabe gemacht habe und weil bei der Kostspieligkeit der Reise des unbemittelten A von Pest nach Wien und der auch durch seine Anstellung als Eisenbahnmagazineur sehr erschwerten Ausführbarkeit derselben der im §. 225 a. G. O. vorgesehene Fall (der Zulässigkeit der Abnahme des Eides durch ein anderes Gericht) allerdings eintritt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, in Erwägung, daß A den Haupteid ohne Berufung auf den §. 225 a. G. O. angetreten und sein Vertreter bei der Eidestagfahrt für das Vorhandensein der Voraussetzung des §. 225 a. G. O. gar keine Bescheinigung beigebracht hat.

Nr. 3519.

Unzulässigkeit der Annahme einer vor das Militärgericht gehörigen Klage während der vacatio des den Uebergang an die Civilgerichte normirenden Gesetzes.

Entsch. v. 29. Sept. 1869, Nr. 9975 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Triest v. 2. Juni 1869, Nr. 4179 und des O. L. G. Triest v. 22. Juni 1869, Nr. 3518). G. Z. 1869, Nr. 95. Gazz. dei Trib. 1869, Nr. 24.

Die am 31. Mai 1869 beim Landesgerichte in Triest angestellte Klage des A wider die Finanzprocuratur in Vertretung der Marinesection des Kriegsministeriums pcto. Zahlung von 26.740 fl. betraf eine Forderung gegen das Militärärar und wurde vom Landesgericht am 2. Juni mit Berufung auf §. 9 des Gesetzes v. 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78, über den Wirkungskreis der Militärgerichte, wonach das Aerar in streitigen Angelegenheiten des Militärwesens den Civilgerichten untersteht, aufrecht verbeschieden. Dagegen recurrirte die Finanzprocuratur und machte geltend, daß nach §. 17 des citirten Gesetzes dasselbe erst am 1. Juli 1869 in Wirksamkeit zu treten habe, mithin die Klage nach der bis dahin in Herrschaft bleibenden Militär-Jurisdictionsnorm vom 22. December 1851, R. G. Bl. Nr. 255, zu behandeln und da laut §. 6 der letzteren die Streitsachen des Militärärars vor die Militärgerichte gehören, wegen Incompetenz des angerufenen Gerichts zurückzuweisen war. — Das O. L. G. verwarf den Recurs und bemerkte in seinen Motiven, daß das Gesetz vom 20. Mai 1869, Nr. 78, allerdings erst mit 1. Juli 1869 in Wirksamkeit treten soll, daß aber der mit der vorliegenden Klage eingeleitete Proceß an jenem Tage noch nicht geschlossen und entschieden sein könne und folglich, wenn derselbe bei der Militärbehörde anhängig gemacht worden wäre, am 1. Juli dem Civilgericht abgetreten werden müßte, weil nach §. 17 des citirten Gesetzes an diesem Tag alle damit nicht in Einklang stehenden Gesetze und Verordnungen, mithin auch §. 6 der Militär-Jurisdictionsnorm vom 22. December 1851, Nr. 255, außer Kraft zu treten haben, daß übrigens das Gericht erster Instanz, indem es die Tagfahrt zur Verhandlung über die Klage auf den 6. Juli ausschrieb, sich ohnedies jeder meritorischen Verordnung in der Streitsache vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Wirksamkeit des neuen Gesetzes enthalten habe.

Auf den außerordentlichen Recurs der Beklagten wurde vom obersten Gerichtshof die Zurückweisung der Klage wegen offenbarer Gerichtsunzuständigkeit verordnet. Gründe: Da gemäß §. 17 des Gesetzes vom 20. Mai 1869, Nr. 78, dasselbe seinem vollen Umfang nach, somit auch bezüglich seiner im §. 9 enthaltenen Bestimmungen erst am 1. Juli 1869 in Wirksamkeit und erst an diesem Tag die damit nicht im Einklang stehenden Gesetze und Verordnungen

außer Kraft zu treten hatten; da ferner nach §. 14 des citirten Gesetzes erst mit dem Tag der Wirksamkeit desselben die Civilgerichte, insoweit nicht die Gerichtsbarkeit der Militärgerichte nach diesem Gesetz fortzudauern hat, an Stelle der letztern zu treten hatten und nach den für die Zuständigkeit und das Verfahren vor Civilgerichten geltenden Gesetzen vorzugehen befugt waren, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß die am 31. Mai 1869 beim Landesgerichte Triest angebrachte Klage des A in Hinblick auf die Bestimmungen des §. 6 der Militär-Jurisdictionsnorm vom 22. December 1851, Nr. 255, bei einem zu jener Zeit offenbar noch unzuständigen Gericht überreicht worden ist und daß das angerufene Gericht daher nicht berechtigt war, auf diese Klage irgend ein Verfahren einzuleiten, sondern im Gegentheil nach §. 1 der J. N. vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251 demselben oblag, die Klage ohne Weiteres von amtswegen abzuweisen.

Nr. 3520.

Competenz der Verwaltungsbehörden zur Entscheidung von Streitigkeiten über das fassionsmäßige Einkommen eines Schullehrers.

Entsch. v. 29. Sept. 1869, Nr. 10857 (Aufheb. des Urth. des L. G. Prag v. 16. Nov. 1867, Nr. 25330). G. Z. 1869, Nr. 94.

Auf die Beschwerde des B, Schullehrers zu Tausim, gegen die Verwaltung der Domäne Brandeis, welche ihm die Benutzung einer Wiese streitig gemacht und schließlich entzogen hatte, wurde durch Bescheid des Bezirksausschusses Brandeis als politischer Behörde der Gutsverwaltung aufgetragen, dem B die Benutzung des Grundstücks auf unbestimmte Zeit gegen Zahlung eines jährlichen Zinses und der Steuern einzuräumen, und diese Verordnung von der Statthalterei mit dem Beisatz bestätigt, daß die „unbestimmte" Dauer der dem B zugesprochenen Benutzung im Sinne des §. 196 der politischen Schulverfassung auf so lange zu verstehen ist, bis eine Unrichtigkeit der Tausimer Schulfassion, laut welcher der Genuß jener Wiese zu den Bezügen des Lehrers gehört, erwiesen sein wird. Da sich die Gutsverwaltung diesen Anordnungen, gegen die sie den Recurs an das damalige Staatsministerium ohne Erfolg ergriffen hatte, nicht fügte, so erneuerte B seine Beschwerde und erwirkte einen Bescheid der politischen Behörde, welcher der Gutsverwaltung eine Geldstrafe für den Fall androhte, als dieselbe nicht zur Vindicirung der Wiese etwaige neue Behelfe oder den Nachweis der angebrachten gerichtlichen Klage oder des mit B getroffenen Ausgleiches vorlegen würde. Die Domäne wählte nun den Rechtsweg und bestritt das Nutznießungsrecht des B

mit einer gegen denselben und den Schulausschuß von Tausim beim Landesgerichte Prag angestellten Klage, welche auf den Umstand, daß die Wiese zur landtäflichen Gemeinde Brandeis gehöre und in ihrem Besitze sei, dann auf die oben erwähnte Aufforderung des Bezirksamtes Brandeis (zur Nachweisung des betretenen Rechtsweges u. s. w.) gegründet war. Beklagterseits wurde zuvörderst die Incompetenz der Gerichte in der streitigen Angelegenheit und die bereits erfolgte Entscheidung derselben durch die zuständige Verwaltungsbehörde eingewendet und deshalb der Rückerlag der Klage begehrt, welchem das Gericht erster Instanz nicht stattgab. — Gegen diese Entscheidung ergriffen die Beklagten die Appellation und nach eingeholtem Gutachten der Statthalterei, die sich für die Zuständigkeit der politischen Behörde aussprach, legte das O. L. G. nach Hofdcr. vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, die Angelegenheit dem obersten Gerichtshofe zur Entscheidung vor.

In Uebereinstimmung mit dem Ministerium für Cultus und Unterricht hat der oberste Gerichtshof entschieden, daß der Streitgegenstand auf den Rechtsweg nicht gehöre, und hat demnach das Urtheil der ersten Instanz aufgehoben, weil der Nutzgenuß der fraglichen Wiese nach Inhalt der Schulfassion vom 31. Jänner 1856 zu den fassionsmäßigen Bezügen des Tausimer Schullehrers gezählt wird, und nach der politischen Schulverfassung und den nachträglichen Verordnungen zunächst die Schulfassion die Richtschnur gibt und nur dann abgeändert werden kann, wenn ihre Unrichtigkeit erwiesen wird, mithin die Abänderung der Fassionen nur den politischen Behörden, denen die Verfassung derselben oblag, zusteht, und weil, wenngleich die politische Schulverfassung ausdrücklich nur das Verhältniß der Schulen zu den Gemeinden regelt, nichtsdestoweniger die Vorschriften derselben auch auf die Besitzer der Domänen, als vormalige Grundobrigkeiten, Anwendung finden müssen, somit der den Rechtsweg ausschließenden Beurtheilung der politschen Behörden vorbehalten sind.

Nr. 3521.

Auffindung eines Testamentes nach gepflogener Abhandlung des Nachlasses, jedoch vor Einantwortung desselben: Vertheilung der Proceßrollen.

Entsch. v. 29. Sept. 1869, Nr. 11016 (Best. des Decr. des B. G. St. Veit v. 26. Juli 1869, Nr. 2695, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 10. August 1869, Nr. 9708). G. H. 1869, S. 419.

Nachdem die Kinder des M sich ex lege zu dem ganzen Nachlaß desselben erbserklärt hatten, die Vertheilung der Erbschaft und die ganze

Abhandlung bis zu der noch ausstehenden Einantwortung gepflogen worden war, kam ein Testament des M zum Vorschein, worin einige gesetzliche Erben berufen waren, welche die Erbschaft ex testamento antraten und dadurch eine Collision mit den Erklärungen ex lege der übrigen Intestaterben hervorriefen. Die letzteren, welche die Echtheit des förmlichen Testaments nicht bestritten, wurden nun von dem Abhandlungsgericht nach §. 126 des Patents vom 9. August 1854, Nr. 208 zur Erbrechtsklage gegen die Testamentserben verwiesen. — Das O. L. G. entschied umgekehrt, daß die Testamentserben gegen die gesetzlichen Erben mit der Klage aufzutreten haben, weil durch die vor Auffindung des Testamentes abgegebenen Erbserklärungen aller Interessenten ihr gegenseitiges Erbrechtsverhältniß auf Grund der Intestatsuccession bereits rechtlich vereinbart und festgesetzt worden sei, mithin diejenigen von ihnen, welche auf den Grund des Testaments nunmehr eine Aenderung des früher vereinbarten Erbrechtsverhältnisses beanspruchen, ihr Recht gegen die dissentirenden Miterben auf dem Proceßweg geltend zu machen haben, zumal auf Grund der gesetzlichen Erbfolge bereits die Abhandlung und Vertheilung der M'schen Verlassenschaft gepflogen worden ist.

In Erwägung, daß nach dem §. 126 des citirten Patents gegen die Erben aus einem förmlichen und hinsichtlich der Echtheit unbestrittenen Testament derjenige, dessen Anspruch nur auf der gesetzlichen Erbfolge beruht, als Kläger aufzutreten hat; daß der §. 126 nicht unterscheidet, ob das Testament schon anfänglich vorlag oder erst im Verlauf der Abhandlung zum Vorschein kam, wenn dasselbe nur noch vor der nach §. 180 auf Grund der Erbserklärungen ex lege erfolgten Einantwortung hervorgekommen ist, — hat der oberste Gerichtshof den Bescheid der ersten Instanz bestätigt.

Nr. 3522.

Collision des Anspruches eines Erbschaftsgläubigers mit dem Anspruch der Finanzverwaltung auf die Vermögensübertragungsgebühr: Entscheidungsrecht der Finanzbehörden.

Entsch. v. 5. Oct. 1869, Nr. 8585 (Best. des Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 25. Nov. 1868, Nr. 34183, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 5. Mai 1869, Nr. 8509). G. H. 1869, S. 413.

Die mit 2093 fl. bemessene Vermögens-Uebertragungsgebühr von dem Nachlaß des M wurde nach vorausgegangener Zustellung des Zahlungsauftrages an den Erben bei dem gerichtlichen Depositum des Geldes, welches mit der Realisirung der den ganzen Nachlaß bildenden Wechsel des M einging, auf Einschreiten der Finanzbehörde vor-

gemerkt, nachdem A, Gläubiger der Verlassenschaft, für seine Forderung bereits die executive Pfändung des Depositums erwirkt hatte. Als nun A die Ausfolgung desselben begehrte, bewilligte das Gericht nur die Erfolglassung der nach Abrechnung der Vermögens-Uebertragungsgebühr verbleibenden Geldsumme. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Ausfolgung des ganzen Depositums an A aus folgenden Gründen: Der Vermögens-Uebertragungsgebühr unterliegt nur der reine Nachlaß. Die Bemessung der Gebühr steht zwar der Finanzbehörde zu, mit Ausschluß des Gerichts; allein sie erfolgt nur gegen den Erben, zum Zweck der Feststellung des von ihm dem Fiscus aus dem Nachlaß zu entrichtenden Betrages und berührt nicht die Rechte des Nachlaßgläubigers, der bei der Bemessung gar nicht intervenirt, um so weniger hier, wo dem Gläubiger zur Zeit der depositenamtlichen Vormerkung der Gebühr bereits die Pfändung des Depositums bewilligt und vollzogen worden war. Durch den dem Erben bereits zugestellten Gebührenzahlungsauftrag wird A in der Fortsetzung seiner Execution nicht aufgehalten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Verordnung und bemerkte in den Motiven: Die von dem O. L. G. ohne Rücksicht auf die depositenamtlich vorgemerkte Staatsgebühr ausgesprochene Bewilligung der Ausfolgung des ganzen Depositums an A auf Abschlag seiner Forderung würde den Ausspruch in sich schließen, daß diese Forderung bei der Bemessung der Vermögens-Uebertragungsgebühr als eine das gebührenpflichtige Vermögen verringernde Abzugspost von dem Nachlaß abzurechnen war, daß somit von dem durch diese Forderung absorbirten Theil der Verlassenschaft eine Gebühr nicht zu entrichten sei, welcher Ausspruch aber den Gerichten nicht zukommt, da nach dem Gebührengesetz vom 9. Februar 1850, Nr. 50 und nach den Min.-Verordn. vom 23. März 1852, Nr. 82 und 84, und vom 25. Juli 1853, Nr. 148 des R. G. Bl. die Feststellung, welche Posten bei der Ermittlung des der Gebühr unterliegenden Vermögens in Abzug zu bringen seien und welcher Betrag des Nachlaßvermögens sich als reine, gebührenpflichtige Verlassenschaft ergebe, mit Ausschluß des Gerichts dem Gebührenbemessungsamt zusteht.

Nr. 3523.

Mandatsproceß: Frist für die Einwendungen.

Entsch. v. 5. Oct. 1869, Nr. 10744 (Best. des das Decr. des B. G. Joachimsthal v. 21. Juni 1869, Nr. 2118, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 27. Juli 1869, Nr. 24942). G. H. 1869, S. 372.

Am 13. Tag nach Zustellung des gegen B im Mandatsproceß erlassenen Auftrags zur Zahlung von 75 fl. binnen 14 Tagen,

überreichte derselbe die Einwendungen, welche in erster Instanz als verspätet nach §§. 3 und 10 der Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130 (Behandlung des Einschreitens gegen den Zahlungsbefehl unter gewissen Umständen als Recurs — achttägige Recursfrist) a limine abgewiesen wurden. — In Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz verordnete der oberste Gerichtshof die aufrechte Verbescheidung der Einwendungen, weil dieselben innerhalb 14 Tage a dato der Zustellung des Zahlungsmandats angebracht wurden, und aus dem §. 3 der citirten Verordnung vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130 und den §§. 1, 4 und 5 der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, worauf der §. 3 der ersteren Verordnung hinweiset, deutlich zu entnehmen ist, daß auch das Gesetz vom 18. Juli 1859 die Frist für die Einwendungen auf 14 Tage bestimmt.

Nr. 3524.

Frist zum Begehren des Erkenntnisses, daß ein urtheilsmäßiger Eid wegen Todesfalles für abgelegt zu halten sei.

Entsch. v. 5. Oct. 1869, Nr. 10966 (Best. des Decr. des K. G. Olmütz v. 4. Juni 1869, Nr. 2908, Abänd. des Decr. des O. L. G. Brünn vom 28. Juli 1869, Nr. 7954). G. Z. 1869, Nr. 93.

In einem Wechselrechtsstreite wurde auf einen dem Kläger A zurückgeschobenen Haupteid, zu dessen Ableistung er sich persönlich erboten hatte, erkannt und vom Curator der Verlassenschaft des noch vor der Urtheilsfällung verstorbenen A erst nach Verstreichung der gesetzlichen Frist zum Eidesantritt (§. 12 lit. c des Gesetzes über das Verfahren in Wechselsachen vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52) das Gericht um die Erklärung angegangen, daß nach §. 233 a. G. O. der dem Verstorbenen aufgetragene Eid für abgeschworen zu halten sei. In erster Instanz wurde dieses Begehren aus folgenden Gründen abgewiesen: Nach §. 12 lit. c des Gesetzes vom 25. Jänner 1850, Nr. 52 muß im wechselrechtlichen Verfahren ein vom Gericht zugelassener Eid binnen 24 Stunden, nachdem das Urtheil in Rechtskraft erwachsen ist, angetreten werden und der §. 224 a. G. O. erklärt den nicht in der bestimmten Frist angetretenen Beweis durch den Eid für erloschen. Die Anzeige von dem Tode Desjenigen, der den Eid ablegen sollte, beziehungsweise das darauf gegründete Einschreiten um die gerichtliche Erklärung, daß der Eid für abgeschworen zu halten ist, tritt an die Stelle der Eidesantretung und muß in der nämlichen Frist, wie die letztere, überreicht werden, weil sonst der Proceß in der Schwebe bliebe, indem, so lange als das Einschreiten nicht stattfindet, nicht entschieden wäre, ob der Eid

für abgelegt zu halten und ob somit die im Urtheil ausgesprochenen Rechtsfolgen eingetreten seien oder nicht. Nun wurde aber im vorliegenden Falle das Gesuch des Curators der Verlassenschaft des verstorbenen Klägers um die gedachte gerichtliche Erklärung erst am 9. Tag nach der Zustellung des Urtheils, mithin verspätet angebracht; es konnte daher, nachdem die Gegenpartei die Verspätung gerügt hat, der Eid nicht für abgeschworen erklärt werden. — Das O. L. G. hingegen entschied zu Gunsten des Curators und bemerkte in seinen Motiven: Die erstgerichtliche Ansicht, wornach das Einschreiten um das Erkenntniß, daß der Eid für abgeschworen zu halten sei, verspätet war, weil dasselbe innerhalb der für den Antritt des Eides bestimmten Frist hätte stattfinden müssen, entbehrt der gesetzlichen Begründung. Kein Gesetz knüpft das Recht, das Erkenntniß zu begehren, daß ein urtheilsmäßiger Eid für abgeschworen zu halten sei, an eine bestimmte Frist. Der §. 12 der Just.-Min.-Verordn. vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr.52, und §. 224 a. G. O. sprechen von der Antretung eines erst abzulegenden Eides und finden auf den Fall, wo das Gesetz annimmt, daß ein Eid bereits vor Ablauf der zu dessen Antretung bestimmten Frist für abgeschworen zu halten ist, selbst nicht eine analoge Anwendung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid mit Berufung auf die Gründe desselben.

Nr. 3525.

Mündlicher Proceß: Frist zum Begehren der Einsicht der Originalien.

Entsch. v. 5. Oct. 1869, Nr. 11285 (Best. des das Decr. des B. G. Voloska v. 11. August 1868, Nr. 2253, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 19. August 1869, Nr. 4703). G. H. 1869, S. 399.

In dem mündlichen Proceß des A gegen B begehrte der letztere erst bei der zur Protokollirung seiner Duplik anberaumten Tagfahrt die Einsicht der Originalien der vom Kläger bei der früheren Tagfahrt mit der Replik producirten Beilagen und wurde auf die Opposition des Klägers vom Gericht erster Instanz mit Berufung auf §. 123 a. G. O. abgewiesen, — wogegen das O. L. G. die Originalieneinsicht bewilligte, weil der für den schriftlichen Proceß geltende §. 123 a. G. O. auf das mündliche Streitverfahren keine Anwendung habe und das Hofdcr. vom 5. April 1791, J. G. S. Nr. 135 im mündlichen Proceß die Originalieneinsicht „bei der Tagsatzung" gestatte, ohne zu bestimmen, bei welcher Tagsatzung dieselbe zu geschehen habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz aus den gleichen Gründen mit dem Zusatz, daß in dem vorliegenden Proceß auch die gerichtliche Einsicht der Originalien der Klagebeilagen erst nach mehreren Tagsatzungserstreckungen stattgefunden hat.

Nr. 3526.

Verfahren in Bestandsachen im Falle unterbliebener Zinszahlung.

Entsch. v. 6. Oct. 1869, Nr. 10087 (Best. des das Urth. des B. G. Wiznitz v. 1. März 1869, Nr. 1001, abänd. Urth. des O. L. G. Lemberg v. 15. Juni 1869, Nr. 16575). G. H. 1869, S. 389.

In dem auf einige Jahre geschlossenen Pachtvertrag des A und B war dem Verpächter A das Recht vorbehalten, bei eingetretener Versäumung auch nur eines Zinstermins den Pacht durch Aufkündigung aufzulösen. A machte von diesem Rechte Gebrauch und kündigte dem Pächter B, welcher gegen den darauf ergangenen Räumungsbefehl die Einwendung vorbrachte, daß derselbe nach den §§. 6 und 11 der kaiserl. Verordn. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213 nur dann statthaft sei, wenn mit der Kündigung die Aufhebung des Vertrages wegen Ablaufes der Bestandzeit, zur Verhinderung der stillschweigenden Vertragserneuerung (§§. 2 und 11 der cit. Verordn.), begehrt wird, wogegen hier der Verpächter die Aufhebung des Vertrages nicht aus diesem Grund, sondern wegen unterbliebener Zinszahlung verlangt habe, welches Begehren aber nach §. 15 ibid. mittelst Klage geltend zu machen sei. — Dieser Einwendung Folge gebend, erklärte das Gericht erster Instanz die Aufkündigung für unwirksam. — Von dem O. L. G. wurde die Kündigung resp. der darauf erlassene Räumungsbefehl aufrecht erhalten, weil der Verpächter wegen unterbliebener Zahlung des Pachtzinses nicht die Auflösung des Vertrages begehrt, sondern den Vertrag gekündigt hat, diese Kündigung aber in Folge des Uebereinkommens der Parteien nach §. 2 lit. a der cit. Verordn. mit der Wirkung zulässig war, daß der Pächter auf den Kündigungstermin die Pachtsache zurückstellen muß. Der Verpächter konnte sein Begehren, das er nicht auf den §. 1118 a. b. G. B., sondern auf den Vertrag stützte, nicht nur mittelst Klage nach §. 15 lit. a der cit. Verord., sondern eben auch mittelst Aufkündigung nach den §§. 2 und 6 ibid. zur Geltung bringen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß des O. L. G. aus denselben Gründen.

Nr. 3527.

Besitzstörung durch Abschneidung der überhängenden Aeste? Ueberhangsrecht des Nutznießers.

Entsch. v. 6. Oct. 1869, Nr. 11093 (Best. des das Decr. des B. G. Klattau v. 10. März 1869, Nr. 3175, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 28. Juni 1869, Nr. 13909).

Die A belangte den B in possessorio summariissimo, weil er von mehreren auf ihrer Wiese stehenden Kirschbäumen die Zweige abgeschlagen und die Kronen abgenommen hatte. Durch den Augenschein wurde diese Thatsache, allein auch der vom Gegner vorgebrachte Umstand festgestellt, daß es sich dabei nur um den Ueberhang auf das von ihm als Nutznießer besessene Nachbarfeld handelte. — Die erste Instanz entschied nach dem Klagebegehren, das O. L. G. gegen dasselbe.

Auf den Recurs der Klägerin, worin sie hervorhob, daß die Kronen ihrer Bäume abgeschnitten wurden, und das im §. 422 a. b. G. B. in Betreff des Ueberhanges dem Grundeigenthümer eingeräumte Recht nicht auch dem bloßen Nutznießer zustehe, bestätigte der oberste Gerichtshof das Erkenntniß der zweiten Instanz. Gründe: Nach §. 422 a. b. G. B. hat Jeder Grundeigenthümer des Recht, die über seinem Luftraum hängenden fremden Aeste abzuschneiden oder sonst zu benutzen. Nach dem Ergebniß der Streitverhandlung hat der Beklagte von den Kirschbäumen die Kronen auf der Seite des von ihm benutzten Feldes vollständig abgeschnitten. Wenn nun der Beklagte die Bäume so weit beschnitten hat, als sie das letztere Grundstück überragten, so läßt sich darin keine widerrechtliche Handlung, keine Besitzstörung erkennen; denn die Klägerin war eigentlich gar nicht im rechtlichen Besitz der abgeschnittenen Theile und der Beklagte hat nur von seinem Rechte Gebrauch gemacht und nach der im §. 1305 a. b. G. B aufgestellten Regel den Schaden, welcher für die Klägerin daraus entstand, nicht zu verantworten. Der Umstand aber, daß der Beklagte nicht Eigenthümer, sondern nur Nutznießer des Grundstückes ist, kann kein Unterschied machen, da er auch in dieser Eigenschaft berechtigt war, dasselbe vor Schaden zu bewahren.

Nr. 3528.

Rechtsbesitz: Störung des Miethers durch Aufrichtung von Gerüsten seitens des Vermiethers.

Entsch. v. 6. Oct. 1869, Nr. 11292 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Wieden in Wien v. 11. August 1869, Nr. 15964 und des O. L. G. Wien v. 25. August 1869, Nr. 16786). G. H. 1869, S. 400.

Die von dem Miether einer Wohnung gegen den Hauseigenthümer und Vermiether wegen Entziehung von Luft, Licht und Aus-

sicht durch Aufstellung von Außengerüsten (zur Herstellung des Verputzes an den Gesimsen) in possessorio summariissimo angebrachte Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen. Nach den Motiven des obersten Gerichtshofes darf zum Schutz der Rechte des Miethers die Besitzstörungsklage zwar nicht auf Grund der §§. 340 und 342 a. b. G. B., da die Miethe nicht den Besitz einer unbeweglichen Sache oder eines jus in re verleiht, wohl aber im Sinn des §. 2 der kaiserl. Verordn. vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12 angestellt werden, wornach diese Klage jedem zusteht, der im Besitz eines Rechtes beeinträchtigt wird. Allein hier liegt eine Störung der Miethrechte des Klägers gar nicht vor, weil durch die Aufstellung der Gerüste die bisherige Benutzung der Miethräume dem Miether nicht unmöglich gemacht, nicht einmal wesentlich erschwert, insbesondere das nöthige Licht nicht entzogen worden ist und auch die Lüftung ohne Schwierigkeit geschehen kann; weil ferner, wenn auch der Kläger vor der Aufstellung der Gerüste mehr Licht und einen vollkommeneren Zutritt der Luft hatte, doch nicht jeder Genuß eine Rechtsausübung begründet, für welche hier, wo der Geklagte eine kraft des Eigenthums ihm gestattete Vorkehrung beseitigen soll, nach §. 313 a. b. G. B. die vorgängige und von ihm beachtete Untersagung erforderlich gewesen wäre; weil endlich bei der vom Kläger nicht geleugneten Schadhaftigkeit des Verputzes es sich um eine nothwendige Reparatur handelte, mithin auch nach der Schlußbestimmung des §. 1118 a. b. G. B. von einem Untersagungsrecht des Klägers nicht die Rede sein kann.

Nr. 3529.

Mangel der bedungenen Eigenschaft einer Waare: Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Kaufes?

Entsch. v. 7. Oct. 1869, Nr. 8048 (Best. des das Urth. des B. G. Sechshaus v. 26. März 1869, Nr. 5945, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 2. Juni 1869, Nr. 9599). G. H. 1869, S. 396.

Gegen die Klage des A pcto. Zahlung von 90 fl. als Rest des Kaufpreises für ein von A dem beklagten B um 190 fl. verkauftes und übergebenes Pferd machte B die Einwendung, daß das Pferd 12 Jahre alt sei — was durch den auf seinen Antrag aufgenommenen Sachbefund auch festgestellt worden ist —, während er bei dem Kauf ein Alter von 6—7 Jahren für das Pferd bedungen und A erklärt habe, daß das Pferd, wenn es älter sein sollte, keinen Kreuzer koste und er es schenke. Ueber diese von A geleugnete Abrede deferirte ihm B den Haupteid. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B unbedingt zur Zahlung der 90 fl., von der Ansicht ausgehend, daß die dem Kläger etwa obliegende Gewährleistung nach

§§. 923 und 932 a. b. G. B., auf die sich B ausdrücklich berufen hat, den Letzteren von der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreisrestes nicht entbindet, weil er in dem Proceß, in welchem er auf Zahlung des Kaufgeldes belangt wurde, nicht excipiendo die Aufhebung des Vertrages aus dem erwähnten Titel begehren kann; daß daher auch der Haupteid irrelevant ist, indem B die Zahlung auch dann leisten müßte, wenn er in der That den Vorbehalt des jüngeren Alters für das Pferd gemacht hätte. — Das O. L. G. erkannte auf den Haupteid und absolvirte den Beklagten in dem Fall des damit erbrachten Beweises. — Dagegen ergriff der Beklagte die Revisionsbeschwerde, worin er anführte, daß, um die vom Beklagten geforderte Aufhebung des Vertrages nach §. 932 a. b. G. B. zu begründen, durch den Mangel der ordentliche Gebrauch des Pferdes verhindert sein müsse, daß also die vollständige Aufhebung des Vertrages nur dann gefordert werden könnte, wenn das Alter über 7 Jahre den ordentlichen Gebrauch des Pferdes ausschlöße, was gar nicht behauptet wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz mit folgender Begründung: Es kommt nicht darauf an, ob das Pferd bei seinem Alter von 12 Jahren zum ordentlichen Gebrauch noch tauge und ob der Beklagte bei der Zahlung des vollen Kaufschillings von 190 fl. einen Schaden erleiden würde — da, wenn der Beklagte erklärt hat, das Pferd nur bei einem Alter von nicht mehr als 7 Jahren kaufen zu wollen, die behauptete Verbindlichkeit desselben, das 12jährige Pferd um 190 fl. zu nehmen, gar nicht entstanden ist und nach den §§. 1052 und 1066 der Verkäufer nur für das Kaufobjekt, wie der Käufer es zu kaufen erklärte, das versprochene Kaufgeld fordern kann. — Demnach ist der in zweiter Instanz sententionirte Haupteid proceßentscheidend.

Nr. 3530.

Nothwendigkeit der Kündigung eines stillschweigend erneuerten, ohne Kündigung erloschenen Miethvertrages.

Entsch. v. 7. Oct. 1869, Nr. 8167 (Best. des Urth. des B. G. Krakau vom 22. Mai 1869, Nr. 8870, Abänd. des Urth. des O. L. G. Krakau vom 16. Juni 1869, Nr. 9357). G. H. 1870, S. 315.

Es war ein Haus auf drei Jahre bis Hälfte November 1868 mit der ausdrücklichen Bestimmung vermiethet worden, daß mit Ablauf dieses Termins der Vertrag ohne Kündigung erlischt. Durch die von dem Vermiether dem Miether gestattete Fortbenutzung des Hauses wurde aber der Vertrag im Sinne des letzten Satzes des §. 1114

a. b. G. B. stillschweigend auf ein halbes Jahr bis Hälfte Mai 1869 erneuert. Es entstand nun die Frage, ob, um einer weiteren Erneuerung vorzubeugen, die Aufkündigung der verlängerten Miethe nothwendig war. Der oberste Gerichtshof entschied die Frage im bejahenden Sinn, weil die Parteien, indem sie stillschweigend die Erneuerung der Miethe (bis Hälfte Mai 1869) eintreten ließen, von der Bestimmung im ursprünglichen Vertrag, wornach die Miethe ohne Aufkündigung erlöschen sollte, abgegangen sind.

Nr. 3531.

Unterlassung der Concurseröffnung wegen Mangels eines die Kosten deckenden Vermögens: Beweislast.

Entsch. v. 7. Oct. 1869, Nr. 11361 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 26. Juli 1869, Nr. 42428, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 18. August 1869, Nr. 16487). G. Z. 1869, Nr. 96.

In der Verhandlung wegen der von dem Gläubiger A begehrten Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B entschied der oberste Gerichtshof, daß von dem um die Concurseröffnung einschreitenden Gläubiger der Nachweis, daß das Vermögen des Schuldners zur Deckung der Concursverhandlung hinreicht (§. 66 C. O.), nicht gefordert werden kann.

Nr. 3532.

Bedeutung der Eidesformel: „meines Wissens und Erinnern“: Erklärung des Eidespflichtigen darüber.

Entsch. v. 7. Oct. 1869, Nr. 11393 (Best. des das Decr. des B. G. Peuerbach v. 21. Juli 1869, Nr. 1807, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 25. August 1869, Nr. 16896). G. H. 1869, S. 397.

Die Kläger, denen durch Urtheil der ersten und zweiten Instanz ein Haupteid über Ereignisse, die noch vor ihrer Geburt eingetreten waren, aufgetragen worden ist, erklärten bei der zur Eidesleistung anberaumten Tagfahrt, daß sie, weil ohne Kenntniß von den betreffenden Thatsachen, den Eid mit dem Beisatz „ihres Wissens und Erinnerns“ nur in dem Sinne ablegen können, daß sie an die fraglichen Umstände sich nicht erinnern und davon nichts wissen. Der die Tagfahrt leitende Richter hielt sich nicht für befugt, die Ableistung des Eides in diesem Sinne zu gestatten, weßhalb die Delaten sich genöthigt sahen, die Tagfahrt erstrecken zu lassen und ein förmliches

Erkenntniß zu provociren, welches von der ersten Instanz dahin gefällt wurde, daß den Delaten die Ablegung des Eides in ihrem Sinn, wenn der Gegner dazu einwilligt, gestattet sei; daß sie im entgegengesetzten Fall zum Eid zwar zugelassen werden, allein denselben nur ohne Bedacht auf die von ihnen vermeinte Auslegung schwören dürfen und, sofern sie dies nicht vermöchten, die Folgen der Nichtleistung des sententionirten Eides gegen sie einzutreten haben. — Das O. L. G. verordnete der ersten Instanz, ohne Weiteres zur Ablegung des Eides einen neuen Termin anzuberaumen.

In Erwägung, daß die Erklärung der Delaten einen ungesetzlichen Vorbehalt rücksichtlich des Eides um so minder enthält, als sie die Erben des M und darum in der Lage waren, darüber, ob die fraglichen Umstände eingetreten seien, die zum eidlichen Widerspruch erforderliche Kenntniß und Ueberzeugung sich zu verschaffen; daß nach dem Hofdcr. v. 22. Jänner 1820, J. G. S. Nr 1645 zwar der Richter den Delaten die Eidesformel zu erklären, daß aber nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils, wodurch auf den von den Delaten mit dem Beisatz „ihres Wissens und Erinnerns“ abzuschwörenden Haupteid erkannt wurde, nicht noch nachträglich ein Erkenntniß über den Sinn dieses Beisatzes zu erfolgen hatte, sondern der Gewissensentscheidung der Delaten überlassen blieb, ob sie den negativen Eid nach Wissen und Erinnern leisten können, — hat der oberste Gerichtshof die Verordnung des O. L. G. bestätigt.

Nr. 3533.

Execution auf eine Privatpension: Schätzung?

Entsch. v. 12. Oct. 1869, Nr. 11293 (Best. der gleichförmigen Decr. des H. G. Wien v. 12. August 1869, Nr. 81958 und des O. L. G. Wien vom 1. Sept. 1869, Nr. 17547). G. Z. 1869, Nr. 102

A hat wider die B wegen einer Wechselschuld von 150 fl. die executive Pfändung einer Privatpension derselben von 300 fl. jährlich erwirkt, und begehrte nun die executive Schätzung dieser Pension. Er wurde abgewiesen, von der ersten Instanz, weil für Executionsführungen auf solche Bezüge, wie die vorliegenden, der §. 314 der a. G. O. maßgebend ist (also nur Einantwortung der Pension); von der zweiten Instanz, weil die Execution auf eine solche Pension nur nach §§. 312 und 313 a. G. O. (also mittelst Bewilligung der Erfolglassung der Pension von Seite des Zahlers derselben an den Executionswerber) geführt werden kann. — In dem Revisionsrecurse machte A geltend, daß Privatforderungen, dergleichen die in Pfändung gezogene Pension der B ist, auch executiv feilgeboten werden können. Obgleich bei selben nach Hofdcr. vom 27. October 1797,

J. G. S. Nr. 385, eine Schätzung nicht nöthig ist, so werde sie es doch im vorliegendem Falle, wo der Werth des Rechtes aus dem Nennbetrage der Jahrespension sich nicht ergibt, da diese von dem Leben der B abhängt. Die mit dem Tode der B erlöschende Pension sei nicht einer im §. 312 a. G. O. erwähnten Besoldung gleichzuhalten.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs mit Berufung auf die obergerichtlichen Gründe.

Nr. 3534.

Verweigerung eines Armenvertreters in Fällen, wo Anwaltszwang nicht eintritt. Einfluß der Abhaltung von Amtstagen durch Advocaten der Gerichtsorte auf die Frage des Anwaltszwanges. Vorlegung des Armuthszeugnisses an den Advocatenausschuß.

Entsch. v. 12. Oct. 1869, Nr. 11365 (Best. des Decr. des Ausschusses der n. ö. Advocatenkammer in Linz v. 5. Mai 1869, Nr. 321, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 25. August 1869, Nr. 16243). G. H. 1869, S. 384.

Das Gesuch der Mutter und des Vormundes des außer der Ehe gebornen A um Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters zur Führung des bei dem B. G. Mauthhausen einzuleitenden Alimentationsprocesses gegen B wurde vom Ausschuß der Advocatenkammer abgewiesen, weil das Armuthszeugniß fehlte und weil, davon abgesehen, die Gesuchsteller überhaupt keinen Anspruch auf unentgeltliche Vertretung haben (§. 16 Abs. 2 der Advoc.-Ordnung vom 6. Juli 1868 R. G. Bl. Nr. 96), da das Gericht in Mauthhausen, wo kein Advocat besteht, alle Klagen und Eingaben ohne Fertigung eines Advocaten annehmen darf (Min.-Verordn. vom 5. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 122). — Das O. L. G. bewilligte die Beigebung des Vertreters, indem es sich einerseits auf das von den Gesuchstellern dem B. G. Mauthhausen vorgelegte Armuthszeugniß und auf die von diesem Gericht den Gesuchstellern darauf bereits ertheilte Bewilligung der Stempel- und Gebührenfreiheit für den intendirten Proceß, andererseits auf den Umstand berief, daß zwei Advocaten — aus Enns und Perg — an jedem Mittwoch Amtstage in Mauthhausen abhalten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Erlaß des Kammerausschusses und bemerkte, daß das Armuthszeugniß nicht dem B. Gericht, sondern dem Ausschuß vorzulegen war, welcher nebst der Bewilligung des unentgeltlichen Vertreters auch die Stempel- und Gebührenbefreiung zu gewähren hat (§. 16 Abs. 3 der citirten Advoc.-Ordn.), und daß an der Bestimmung der Min.-Verordn. vom 5. Juli 1859,

Nr. 122, nach welcher die Parteien — für Mauthhausen — eines Advocaten nicht bedürfen, die durch kein Gesetz sanctionirte Abhaltung wochentlicher Amtstage in Mauthhausen von Seite zweier Advocaten der Nachbarschaft nichts zu ändern vermag.

Nr. 3535.

Voraussetzungen für die Verpflichtung Minderjähriger aus selbstständig eingegangenen Geschäften.

Entsch. v. 13. Oct. 1869, Nr. 7755 (Best. des das Urth. des B. G. Teschen v. 19. März 1869, Nr. 2156, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn v. 5. Mai 1869, Nr. 5590). G. Z. 1869, Nr. 102.

Anna A belangte die B auf Zahlung eines ihr gegebenen Darlehens von 200 fl. Letztere wendete nebst anderen Umständen auch ein, daß sie zu jener Zeit erst 22 Jahre alt, daher minderjährig war, worauf die A entgegnete, daß die B damals schon verheiratet war, mit ihrem Gatten eine selbstständige Haushaltung hatte und dadurch thatsächlich für volljährig sich ausgab. Das Gericht erster Instanz machte die Entscheidung von einem Haupteid abhängig. — Das O. L. G. wies die Klage unbedingt ab. Gründe der zweiten Instanz: Nach den §§. 244 und 865 a. b. G. B. kann ein Minderjähriger ohne Genehmigung der Vormundschaft keine Verpflichtung eingehen, und nach §. 248 a. b. G. B. ist derselbe nur dann, wenn er sich nach zurückgelegtem 20. Jahre bei einem Geschäfte für großjährig ausgab, und der andere Theil vor dem Abschlusse des Geschäfts über seine Großjährigkeit nicht wohl erst Erkundigung einholen konnte, für allen Schaden verantwortlich. Diese Bestimmungen des Gesetzes bilden eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 244 a. b. G. B., daß ein Minderjähriger keine Verpflichtungen auf sich nehmen kann; dieselben müssen daher strenge ausgelegt werden, und wenn sich ein Gläubiger — wie im vorliegenden Falle — dem Schuldner gegenüber, der sich auf seine Minderjährigkeit beruft, auf die Ausnahmsbestimmungen des citirten Gesetzes bezieht, so muß er auch beweisen, daß der Letztere bei dem Abschlusse des Darlehensgeschäftes sich für großjährig ausgegeben habe und er, Gläubiger, nicht in der Lage war, sich von dessen Minderjährigkeit zu jener Zeit zu überzeugen. Dieses Letztere hat Klägerin aber selbst nicht einmal behauptet. Denn dadurch, daß ein Minderjähriger bei einem Geschäfte der ihm fehlenden Eigenberechtigung nicht erwähnt, wird er nicht jenem Paciscenten gleichgestellt, der sich für großjährig ausgibt und dadurch den Gegner in Irrthum führt, wofür ihn das Gesetz eben verantwortlich macht. Weil die Bestimmungen des §. 248 nur eine Ausnahme von den Bestimmungen des §. 244 a. b. G. B. bilden

und darum strenge auszulegen sind, kann auch der Umstand, daß die Geklagte selbstständige Käufe machte und mit ihrem Gatten eine selbstständige Haushaltung führte, nicht unter jenen Handlungen eingereiht werden, die einem Minderjährigen im §. 248 a. b. G. B. eine Haftung für das Vorschützen seiner Großjährigkeit auferlegen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte dieses obergerichtliche Erkenntniß im Wesentlichen aus dessen Gründen und weil sonst der Schutz, welchen das Gesetz den Minderjährigen angedeihen lassen will, in den meisten Fällen vereitelt würde.

Nr. 3536.

Störung im Besitz einer Servitut des „offenen Zuganges"?

Entsch. v. 13. Oct. 1869, Nr. 11519 (Best. des das Urth. des B. G. Villach v. 20. Juli 1869, Nr. 3556, abänd. Urth. des O. L. G. Graz vom 11. August 1869, Nr. 9343). G. H. 1869, S. 408.

Die Klage des Hausbesitzers A gegen den Hausbesitzer B wegen Störung im Besitze der Servitut des Zugangs in das Haus des Beklagten war auf die intabulirte Gewährung „des ungehinderten, freien, offenen Zugangs und der Einfahrt durch das Haus Nr. 49 bei Tag und Nacht, wie dies seit undenklichen Zeiten der Fall war", gegründet und dadurch veranlaßt, daß der Beklagte, Nachfolger des Servitutsbestellers im Besitz des Hauses Nr. 49, das Hausthor, trotz der Untersagung des A, regelmäßig 9 Uhr Abends sperrte. Alle das herrschende Haus bewohnenden Parteien hatten aber den Schlüssel des Hausthors, so daß in dem possessorium summariissimum eigentlich nur über die Auslegung der Worte „offener Zugang" gestritten wurde, aus welchen der Kläger folgerte, daß das Hausthor des B nie gesperrt werden dürfe, während dieser behauptete, daß der Zugang für jeden, der den Schlüssel hat, ein offener sei. — Das Gericht erster Instanz entschied nach dem Klagebegehren, weil es sich nur um den Schutz des letzten Besitzes, also der bisherigen Ausübung der Servitut handle, nach welcher A den Durchgang und die Durchfahrt auch zur Nachtzeit benutzte, ohne das Thor des dienenden Hauses erst aufsperren zu müssen. — Das O. L. G. wies den Kläger aus folgenden Gründen ab: Der Kläger hat den angeblichen Besitz des Rechtes, die Sperrung des Hausthors zur Nachtzeit zu untersagen, nicht bewiesen, weil der Beklagte diesem Verbot, wenn es der Kläger in der That gegeben, sich nicht gefügt hat (§§. 313 u. 351 a. b. G. B.). Die Befugniß, das eigene Haus zur Nachtzeit zu versperren, gehört übrigens zu den unbestrittenen Rechten des Hausbesitzers und liegt in der Natur der Sache selbst, sowie nicht minder polizeiliche und öffentliche Rücksichten die Sperrung zur Nachtzeit ver-

langen. Deshalb darf die laut des Grundbuchs dem Beklagten eingeräumte Servitut, nach §. 484 a. b. G. B., nicht erweitert, sie muß vielmehr, so weit ihre Natur und der Zweck ihrer Bestellung es gestattet, eingeschränkt werden. Der Kläger erscheint daher nicht befugt, die Dienstbarkeit in der Weise geltend zu machen, daß der Beklagte — durch das Offenbleiben des Hauses zur Nachtzeit — einer Gefahr für sein sonstiges Eigenthum ausgesetzt werde. Der freie Durchgang, zu welchem er berechtigt ist, kann durch das Anbringen einer Glocke, durch den Besitz des Hausschlüssels oder in anderer dem Eigenthum des Beklagten ungefährlicher Weise vermittelt werden; allein das Versperren des Hauses zur Nachtzeit zu untersagen, hat der Kläger kein Recht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, in der Erwägung, daß in dem factischen Besitz (durch das Versperren des Hauses) keine Aenderung eintrat, da den Wohnparteien des herrschenden Hauses der Thorschlüssel behändigt worden ist, in dessen Gebrauch die Ausübung der Servitut in Wahrheit besteht.

Nr. 3537.

Annahme der Assignation seitens des Assignatars durch Erhebung der Klage gegen den Assignaten.

Entsch. v. 14. Oct. 1869, Nr. 7290 (Best. des Urth. des B. G. Gloggnitz v. 14. Nov. 1868, Nr. 776, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 17. Februar 1869, Nr. 1588). G. H. 1869, S. 413.

Gegen die Klage des Assignatars auf Zahlung brachte der beklagte Assignat die Einwendung vor, daß jener die Assignation nicht zur rechten Zeit angenommen habe, welche Einwendung von dem O. L. G. insofern für relevant angesehen wurde, als es durch Interlocut einen darauf bezüglichen Zeugenbeweis zuließ, nachdem die erste Instanz den Beklagten ohne Weiteres zur Zahlung verurtheit hatte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß. Gründe: Der Assignatar hat durch die Klage seine Zustimmung zur Assignation erklärt, wozu er nach §. 1404 a. b. G. B. solang berechtigt erscheint, als dieselbe von dem Assignanten nicht widerrufen worden ist. Daß aber ein solcher Widerruf stattgefunden habe, wurde nicht behauptet.

Nr. 3538.

Executive Sequestration einer Fabrik.

Entsch. v. 14. Oct. 1869, Nr. 11576 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 3. Juni 1869, Nr. 32847, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 27. Juli 1869, Nr. 24658). G. Z. 1869, Nr. 100.

Dem A wurde in erster Instanz gegen seinen Schuldner B zwar die executive Sequestration der zwei Häuser desselben, nicht aber auch die unter Einem begehrte Sequestration der darin eingerichteten Schlosserwaren- und Maschinenfabrik bewilligt, weil nach §. 340 a. G. O. die Pfändung der zum Betrieb des Schlossergewerbes nöthigen Werkzeuge unzulässig, die Berechtigung des B zum Betrieb dieses Gewerbes blos persönlich ist und daher von einer Sequestration desselben im Sinn des §. 320 a. G. O. keine Rede sein kann. — Das O. L. G. bewilligte auch die in erster Instanz verweigerte Sequestration aus folgenden Gründen: Nicht die executive Sequestration des Personalgewerbes des B, sondern die Sequestration seiner Fabrik, also der Erträgnisse dieses Gewerbsbetriebes wurde von dem Gläubiger A begehrt und damit keineswegs die Ausübung und Verwaltung des Personalgewerbes durch A, beziehentlich durch den Sequester in Anspruch genommen. Es ist daher Sache des Letzteren, die Erträgnisse des Gewerbes zu übernehmen und zu verwalten, und es handelt sich dabei nicht um eine nach §. 340 a. G. O. unzulässige Pfändung von Werkzeugen.

Auf den Recurs des B, welcher hervorhob, daß das Begehren des A nicht auf die Sequestration der Nutzungen, sondern auf jene der Fabrik selbst gerichtet und auch ein Pfandrecht an den Nutzungen weder begehrt noch bewilligt wurde, ohne Pfandrecht aber die executive Sequestration nicht gedacht werden könne, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz aus deren Gründen und in der weitern Erwägung bestätigt, daß das Begehren des A, nach seinem Sinn und Zusammenhang, nur auf die Sequestration der Früchte und Einkünfte der Fabrik des Schuldners gerichtet war, welche aber nach §. 320 a. G. O. und Hofdcr. vom 27. Februar 1784, J. G. S. Nr. 248 einen Gegenstand der Sequestration bilden können, und daß die Bewilligung der executiven Sequestration der Früchte und Einkünfte auch die Einräumung des Pfandrechts an denselben in sich faßt.

Nr. 3539.

Executive Sequestration einer Fabrik.

Entsch. v. 14. Oct. 1869, Nr. 11577 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 3. Juni 1869, Nr. 32852, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 27. Juli 1869, Nr. 24653). G. H. 1869, S. 381.

Gleichlautend mit Entsch. vom 14. October 1869, Nr. 11576 (Nr. 3538 der Sammlung).

Nr. 3540.

Operis novi nunciatio: Voraussetzungen derselben.

Entsch. v. 20. Oct. 1869, Nr. 11615 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Peczynizye v. 26. Juni 1869, Nr. 2824 und des O. L. G. Lemberg v. 24. August 1869, Nr. 20061). G. Z. 1871, Nr. 40.

B wollte einen Bau führen und erwirkte die politische Baubewilligung, welche den Beisatz enthielt, daß bei dem Umstande, als der Nachbar A auf die Bauparcelle Eigenthumsansprüche erhoben hat und eine gütliche Auseinandersetzung nicht erzielt werden konnte, die Streitenden auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen werden. B begann den Bau. In der Meinung, daß nach den §§. 340—342 a. b. G. B. gegen den Unternehmer des Baues, da er sich gegen die erhobenen Ansprüche gemäß §. 73 westg. G. O. nicht geschützt hat, ein Verbot zulässig sei, bat A um die Untersagung der Bauführung, wurde aber in erster und zweiter Instanz abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof verwarf den von A ergriffenen a. o. Recurs in Erwägung, daß nach §. 340 a. b. G. B. nur der Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes berechtigt ist, falls er sich in seinen Rechten gefährdet erachtet und der Bauführer sich gegen ihn nach Vorschrift der Gerichtsordnung nicht geschützt hat, das Verbot der Bauführung zu fordern; daß bereits während der Verhandlung vor der politischen Behörde der factische Besitz der Bauparcelle des B constatirt wurde und sein Nachbar nicht einmal die Wahrscheinlichkeit seiner Eigenthums- und Besitzrechte nachgewiesen hat; daß von der politischen Behörde, nachdem die unter den Parteien entstandenen Irrungen im gütlichen Wege nicht auseinanderzusetzen waren, die Parteien ganz entsprechend dem Hofdcr. vom 25. März 1841, Nr. 8303, ohne zu bestimmen, welcher Theil als Kläger aufzutreten habe, auf den Rechtsweg verwiesen worden sind; daß, wenn ein Bauführer nicht der Willkür und der Chicane ausgesetzt werden soll, blos der Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes berechtigt sein kann, Verbote zu erwirken, welche die Ausübung der Privatrechte einstellen.

Nr. 3541.

Alimente pro praeterito.

Entsch. v. 21. Oct. 1869, Nr. 8433 (Best. des Urth. des B. G. Hallein v. 21. Juli 1868, Nr. 2068, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 11. März 1869, Nr. 828). G. H. 1869, S. 413.

Die A, Mutter eines unehelichen Kindes, belangte die Erben des Vaters M auf Zahlung bestrittener Alimente mit der Anführung

— welche sie durch die Delation des Haupteides zu beweisen sich erbot — daß ihr der Verstorbene den Ersatz von Unterhaltskosten im Betrag von 600 fl. versprochen habe. Die Beklagten bestritten die Zahlungspflicht, obgleich sie die Vaterschaft des M zugestanden, indem sie das erwähnte Versprechen desselben ableugneten. — Die erste Instanz erkannte nun auf den Haupteid; wogegen das O. L. G. der Klage unbedingt stattgab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen: Nach §. 166 a. b. G. B. sind beide Elterntheile zu einer ihrem Vermögen angemessenen Verpflegung u. s. w. ihrer unehelichen Kinder verpflichtet; nach §. 167 trifft diese Verpflichtung vorzugsweise den Vater; nach §. 170 steht den Eltern frei, über den Unterhalt u. s. w. des unehelichen Kindes sich zu vergleichen. Aus dem Zusammenhang dieser Gesetze ergibt sich in Anwendung auf den vorliegenden Fall, daß zwar die A berechtigt war, von M oder seinen Erben die Bestreitung der Verpflegungskosten für das Kind zu verlangen, sofern M ein hiefür genügendes Einkommen besaß, daß aber die A, wenn sie dieses Verlangen während der Verpflegungszeit nicht gestellt, und das Kind aus eigenen Mitteln erhalten hat, den Aufwand nicht für einen Andern im Sinn des §. 1042 a. b. G. B., sondern, da auch sie zur Verpflegung verpflichtet war, für sich selbst gemacht hat. Wenn ein ausdrückliches Uebereinkommen zwischen der A und dem M, welches durch den Haupteid eben erwiesen werden soll, desfalls nicht stattgefunden hat, so muß mit Rücksicht darauf, daß auch die A zur Verpflegung verpflichtet war, daß die zur Zeit der Geburt des Kindes bestandenen Vermögensverhältnisse des M nicht bekannt sind, und daß die A selbst das Kind verpflegt hat, ohne von M eine Beihilfe anzusprechen oder ihn darum zu belangen, im Sinn des §. 863 a. b. G. B. angenommen werden, daß sie die Kosten der Verpflegung ohne Ersatzanspruch auf sich genommen habe.

Nr. 3542.

Directer Anspruch des Hauptvermiethers gegen den Aftermiether auf Zinszahlung.

Entsch. v. 21. Oct. 1869, Nr. 10196 (Best. des Urth. des B. G. Triest v. 19. Mai 1869, Nr. 1000, Abänd. des Urth. des O. L. G. Triest v. 20. Juli 1869, Nr. 3606). G. Z. 1870, Nr. 68. Gazz. dei Trib. 1870, Nr. 10.

A hatte dem C ein Wirthshauslocale sammt Einrichtung in Bestand gegeben und belangte darauf den B als Afterbestandnehmer auf Zahlung des Zinses. Dieser, welcher einige Zinsarten anstandslos bezahlt hatte, berief sich nun auf ein ausdrückliches Verbot des Bestandnehmers C und verwies den Kläger an letzteren. — Die erste In-

stanz gab dem Klagebegehren aus folgenden Gründen statt: Forderungsrechte entspringen nicht blos aus Verträgen, sondern auch aus dem Gesetze. Das Verhältniß zwischen dem Hauptvermiether und dem Afterbestandnehmer ist im Sinne des §. 1101 a. b. G. B. zu beurtheilen und nach dieser Gesetzesstelle kann der Erstere sich auch an die Einrichtungsstücke und Fahrnisse des Aftermiethers halten, und dieser haftet nach Maß seines Miethzinses ohne die Einwendung einer dem Hauptmiether geschehenen Vorauszahlung entgegensetzen zu können. Das Gesetz wollte demnach dem Hauptvermiether eine doppelte Klage gegen den Aftermiether einräumen: die Pfandklage und die persönliche Klage auf Zahlung nach Maß seines Miethzinses, — Klagen, welche allerdings von einander abhängig sind, insoferne die Einräumung des Pfandrechtes die Einräumung des Forderungsrechtes in sich schließt und gegen welche dem Aftermiether sowohl jene Einwendungen bleiben, welche ihm gegen den Hauptmiether zustehen, als auch jene, welche gegen den Bestand der Zinsschuld des letzteren vorgebracht werden können. Im vorliegenden Falle ist auf die unbewiesene Behauptung des B, daß ihm C die Zahlung der weiteren Zinsraten untersagt habe, keine Rücksicht zu nehmen. Dagegen kommt in Betracht, daß der Geklagte dasselbe Locale und dieselbe Einrichtung um denselben Zins übernommen hat, und daß er bei dem Umstande, daß die Einrichtung dem A gehört, welcher sich daher nicht einmal des gesetzlichen Pfandrechtes bedienen könnte, falls er (B) zur Zahlung angehalten würde, unentgeltlich fremdes Gut genießen würde. — Die zweite Instanz wies das Klagebegehren ab, indem sie bemerkte: Kläger hat der Behauptung des Beklagten, daß er die Zahlungen auf Befehl des C eingestellt habe, nicht widersprochen, und andererseits steht er zu ihm in keiner directen Beziehung. Aus der lediglich die invecta et illata des Aftermiethers betreffenden Bestimmung des §. 1101 a. b. G. B. folgt nicht, daß dem Hauptvermiether auch eine directe Klage gegen den Aftermiether, mit dem er in keinem Vertragsverhältniß steht, zukomme.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz aus folgenden Gründen: Wenngleich B nur Aftermiether ist und zu A in keinem Vertragsverhältniß steht, so räumt doch das Gesetz letzterem, da er vom Hauptmiether C keinen Zins erhalten hat, das Recht ein, sich an den Afterbestandnehmer zu halten, ... da nach §. 1101 a. b. G. B. der letztere dem Eigenthümer des Bestandobjectes nach Maß seines Miethzinses haftet. Dem Hauptvermiether kommt ferner das gesetzliche Pfandrecht auch an den Einrichtungsstücken und Fahrnissen des Aftermiethers zu, und da nach §. 449 a. b. G. B. das Pfandrecht sich immer auf eine giltige Forderung bezieht, so ist klar, daß das Gesetz dem Hauptvermiether ein Recht gibt, vom Aftermiether, wenn er auch mit ihm keinen Vertrag geschlossen hat, seine Befriedigung zu verlangen.

Nr. 3543.

Berechtigung eines durch Abtretung und Verzichtleistung näher berufenen, in den Besitz eines Familienfideicommisses gelangten Nachfolgers zur Onerirung desselben.

Entsch. v. 26. Oct. 1869, Nr 12055 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 27. Juli 1869, Nr. 26143, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 1. Sept. 1869, Nr. 17313). G. Z. 1870, Nr. 6. G. H. 1869, S. 399.

Die Besitzer des Karl Freiherr von W.'schen Fideicommisses: Ferdinand, Hermann, Ernst und Ehrenreich Grafen v. W. baten um die gerichtliche Bewilligung der Onerirung von einem Drittel des Fideicommisses. Die Fideicommißcuratoren erklärten sich mit der Onerirung einverstanden; die Fideicommißanwärter Franz, Heinrich und Wilhelm Grafen W. aber protestirten dagegen, weil die genannten vier Fideicommißbesitzer den fideicommissarischen Besitz und Genuß nicht in Folge des Fideicommißstatutes, sondern vermöge der Abtretungsurkunde ihres Großvaters Heinrich Grafen W. und der Verzichtleistung ihrer Oheime, resp. Söhne des Letztgenannten erlangt haben, und diese Verzichtleistung sich nur auf ihre Person, jedoch nicht auf ihre weitere Nachkommenschaft erstrecke. — Das Fideicommißgericht bewilligte die Onerirung, weil das Fideicommiß den Bittstellern nach dem Tod ihres Vaters, des früheren Fideicommißbesitzers Ernst Grafen von W. gerichtlich in den fideicommissarischen Besitz und Genuß eingeantwortet wurde, und weil gemäß §. 635 a. b. G. B. die Fideicommißbesitzer berechtigt sind, ein Drittel des Fideicommisses zu verschulden. — Auf den Recurs der Fideicommißanwärter entschied das O. L. G., daß die Bewilligung der Onerirung des Fideicommisses insolange nicht ertheilt werden könne, bis die Gesuchsteller nachgewiesen haben, daß ihnen der Besitz und Genuß dieses Fideicommisses nach Maßgabe des Fideicommißstatutes kraft ihres eigenen Rechtes zur Nachfolge in dasselbe zustehe, oder daß ihnen das von den Recurrenten bestrittene Recht zur Onerirung dieses Fideicommisses im ordentlichen Rechtswege zuerkannt worden sei. Gründe: Aus den vorliegenden Acten geht hervor, daß den Bittstellern das Fideicommiß nur in dem Umfange eingeantwortet worden ist, wie der frühere Fideicommißinhaber und Vater der Gesuchsteller Ernst Graf W. dasselbe in Gemäßheit der Abtretungsurkunde seines Vaters, des Grafen Heinrich W. und der Verzichtserklärungen der Grafen Franz, Heinrich und Wilhelm W. besessen hat, daß also ihr dermaliger Besitz und Genuß sich nur auf Privatverträge, nicht aber auf das eigene Recht zur Nachfolge aus dem Fideicommißstatute stützt. Das Recht zur Onerirung des Fideicommisses steht aber nach §. 635 a. b. G. B. nur denjenigen Fideicommißbesitzern zu, welche ihren Fideicommißbesitz kraft eigenen Rechtes aus dem Fideicommißstatute erworben haben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid aus folgenden Gründen: Vermöge der gerichtlichen Einantwortungsurkunde und erfolgten Besitzanschreibung sind die Gesuchsteller im Besitze des Fideicommisses, wenngleich mit Vorbehalt der etwaigen Rechte der Nachkommen der drei Grafen Franz, Heinrich und Wilhelm W. Mit dem Besitze eines Fideicommisses ist aber nach §. 635 a. b. G. B. das Recht zur Onerirung verbunden und müßte eine Aufhebung oder Beschränkung desselben von jenem als Kläger bewiesen werden, welcher eine solche behauptet. Die protestirenden drei Grafen gaben selbst zu, daß — man möge die zweifelhafte Successionsordnung wie immer auslegen — selbst ihre Nachkommen kein Recht auf das Fideicommiß haben, so lange sie, die drei Protestirenden, am Leben sind, und daß ihnen selbst kein Anspruch auf das Fideicommiß für ihre Person zusteht. Ihre Nachkommen sind daher bis jetzt nur als Anwärter zu betrachten, deren Einwilligung zur Onerirung des Fideicommisses nicht nothwendig ist.

Nr. 3544.

Schuldanerkennung: Bekenntniß als Schuldner eines „berechneten Betrages".

Entsch. v. 26. Oct. 1869, Nr. 12133 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Marschendorf v. 27. Jänner 1869, Nr. 306 und des O. L. G. Prag v. 20. Juli 1869, Nr. 21196). G. Z. 1869, Nr. 103.

Mit Vorlage einer Urkunde, worin B sich dem A als Schuldner eines „berechneten" Betrages von 857 fl. bekannt und demselben dafür seine Liegenschaft als Pfand verschrieben hat, begehrte A die Intabulation des unbedingten Pfandrechts auf der Realität des B zur Sicherstellung der besagten Forderung und wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil nach den §§. 449 und 1001 a. b. G. B. der Schuldschein, auf Grund dessen ein unbedingtes Pfand für eine Forderung erworben werden soll, stets den giltigen Rechtsgrund der letzteren deutlich enthalten muß, der vorgelegte Schuldschein aber sich lediglich auf eine Berechnung beruft und den Rechtsgrund der berechneten Forderung nicht angibt.

Der a. o. Recurs des A, worin er ausführte, daß die Schuldanerkennung in Betreff einer mit dem Schuldner B berechneten Forderung den Rechtstitel bildet und im Schuldschein angegeben sei, wurde vom obersten Gerichtshofe verworfen, weil in den untergerichtlichen Entscheidungen weder eine Nichtigkeit noch eine offenbare Ungerechtigkeit gefunden werden kann, dieselben vielmehr durch ihre Begründung gerechtfertigt sind, zumal der Ausdruck „berechneter" Betrag nicht als identisch mit: durch gegenseitige Berechnung entstandener Betrag, angesehen werden kann.

Nr. 3545.

Frist für das Begehren um Bestellung der actorischen Caution.

Entsch. v. 26. Oct. 1869, Nr. 12247 (Best. des Decr. des H. G. Wien vom 18. Aug. 1869, Nr. 56218, Abänd. des Decr. des O. L.G. Wien v.13. Sept. 1869, Nr. 20798). G. Z. 1870, Nr. 4.

Das bei der zweiten Tagfahrt angebrachte Begehren des Beklagten um Auflage der actorischen Caution wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil der Beklagte bei der ersten Tagfahrt die Einrede der Incompetenz des angerufenen Gerichtes vorgebracht und damit bereits gegen die Klage sich zu vertheidigen begonnen hatte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den die Caution auflegenden Bescheid der ersten Instanz „in der Erwägung, daß weder der §. 406 a. G. O. noch ein anderes Gesetz eine Frist vorschreibt, binnen welcher der Beklagte das Begehren um Sicherstellung der Gerichtskosten, bei sonstigem Verlust des Rechtes hiezu, stellen muß."

Nr. 3546.

Vernehmung der Betheiligten über beanständete Feilbietungsbedingnisse.

Entsch. v. 27. Oct. 1869, Nr. 11033 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 18. Mai 1869, Nr. 28971, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 19. Juli 1869, Nr. 24049). G. Z. 1869, Nr. 99. G. H. 1869, S. 404.

A, die erste Hypothekargläubigerin einer Realität, erwirkte deren executive Feilbietung auf Grund der von ihr vorgelegten Licitationsbedingnisse, von welchen eine dahin lautete, daß sie von dem von allen Kauflustigen geforderten Erlage des Vadiums befreit bleiben, und daß der ganze Kaufschilling sogleich auf einmal gezahlt werden soll. — Auf den Recurs eines späteren Gläubigers verordnete das O. L. G. die Anberaumung einer Tagsatzung zur Vernehmung der A, des Executen und der sämmtlichen Hypothekargläubiger über die Licitationsbedingnisse. Gründe: Da die Gesetze den Gläubiger und den Schuldner in gleicher Weise schützen müssen und es nicht in der Willkür eines Gläubigers stehen kann, sowohl den Schuldner als auch die Mitgläubiger durch einseitig festgestellte, unnöthige Bedingungen in ihren Rechten zu benachtheiligen, da nach der ausdrücklichen Anordnung des Patents v. 31. Jänner 1801, Nr. 519 J. G. S., auf nachfolgende Gläubiger und nach Hfdcr. v. 15. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 621 lit. t, auf höhere Anbote in Zahlungsfristen, ferner gemäß §. 328 lit. b a. G. O. auf die Uebernahme der Afterpfandforderungen von Meistbietenden, dann auf die Bestimmung des Hofdcr. vom 22. December 1815, J. G. S. Nr. 1197, daß der sogleiche

Barerlag des Kaufpreises keine dem Gesetze angemessene Bedingung bilde, Rücksicht zu nehmen ist, so stellt sich die Einvernehmung der dabei rechtlich Betheiligten als geboten dar.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz mit Berufung auf die Gründe derselben und in der weiteren Erwägung, daß der Richter, welchem nach Hofdcr. vom 22. December 1815, J. G. S. Nr. 1197 das Recht zusteht, die Feilbietungsbedingnisse zu ändern und zu verbessern, auch befugt ist, dies im Einverständnisse mit den übrigen bei der Feilbietung betheiligten Personen zu thun, und die letzteren vorläufig darüber einzuvernehmen.

Nr. 3547.

Competenz der Verwaltungsbehörden bei Störungen des Verkehres auf einem öffentlichen Wege.

Entsch. v. 27. Oct. 1869, Nr. 12162 (Aufheb. des Decr. des B. G. Ischl v. 6. Juli 1869, Nr. 2041). G. Z. 1870, Nr. 73.

Aus der Thatsache, daß das kais. Forstamt in A von einem Grundstück längs der durch die Ortschaft führenden Straße einen Theil dem C verpachtete und dadurch diesen Raum, welcher sofort von dem Pächter umzäunt wurde, der angeblich bisher bestandenen allgemeinen Benützung als Ortsraum durch die Bewohner der Ortschaft entzog, nahm die Vorstehung der Gemeinde A Veranlassung, das Forstärar wegen Besitzstörung zu belangen. Das Gericht erster Instanz gab der Klage statt. — Dagegen ergriff die Finanzprocuratur den Recurs an das O. L. G., welches die Sache zur Entscheidung der Competenzfrage der dritten Instanz vorlegte.

Der oberste Gerichtshof verordnete, mit Aufhebung des erstgerichtlichen Erkenntnisses und Verfahrens, die Zurückstellung der Klage an die Gemeinde A, weil es sich hier um einen von der Gemeinde benützten und ihr auch im Kataster zugeschriebenen Ortsraum und um die Störung des Verkehres auf einem öffentlichen Wege handelt, und die Sorge für die Erhaltung der Straßen und Wege und für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf denselben nach §. 25 P. 3 der oberösterreich. Gemeindeordnung L. G. B. 1864, Nr. 6, einen Bestandtheil des selbstständigen Wirkungskreises der Gemeinden bildet.

Nr. 3548.

Einziehung der Gebühr für den Wiener Krankenhausfond von dem auswärts (in Siebenbürgen) befindlichen Theile eines in Wien abzuhandelnden Nachlasses.

Entsch. v. 27. Oct. 1869, Nr. 12175 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 12. März 1869, Nr. 13822, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 19. Mai 1869, Nr. 9179). G. Z. 1871, Nr. 98. G. H. 1870, S. 7.

Der oberste Gerichtshof entschied, daß die Gebühr für den allgemeinen Krankenhausfond zu Wien auch von dem in Siebenbürgen befindlichen (in einer Activforderung bestehenden) Nachlaß des in Wien verstorbenen M, dessen Verlassenschaft von dem Wiener Gericht als der competenten Behörde abgehandelt wurde, zu entrichten sei, mit Berufung auf das Hofdecr. vom 21. September 1811, J. G. S. Nr. 959, wonach die besagte Gebühr von jeder innerhalb der Linien Wien's abgehandelten Verlassenschaft zu zahlen ist und auf den §. 21 des Gesetzes vom 9. August 1854 R. G. Bl. Nr. 208, gemäß welchem die beim Wiener Gericht gepflogene Abhandlung der Verlassenschaft des M auf das bewegliche Vermögen des Verstorbenen in Siebenbürgen auszudehnen war.

Nr. 3549.

Inhalt: Umfang des Rechtes auf den Ueberhang.

Entsch. v. 28. Oct. 1869, Nr. 7917 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Lembach v. 4. Februar 1869, Nr. 114 und des O. L. G. Wien vom 29. April 1869, Nr. 6504). G. Z. 1869, Nr. 409.

Bei Verwerfung der a. o. Revisionsbeschwerde gegen die untergerichtliche Abweisung der Klage des A gegen die Gemeinde B wegen Ersatz des Schadens, den A durch den Ueberhang der Aeste eines Baumes auf dem Grundstück der B an seinem Hause angeblich erlitten hatte, bemerkte der oberste Gerichtshof, daß der Kläger nach §. 422 a. b. G. B. die über seinen Luftraum hängenden Aeste des Baumes der Beklagten selbst zu beseitigen befugt, daß aber die Beklagte nicht verpflichtet ist, den auf ihrem Grund stehenden Baum zu entfernen oder die Bedachung des Hauses des Klägers vor dem Blätterfall zu beschützen.

Nr. 3550.

Frist zur Amortisation von Interimsscheinen mit Coupons.

Entsch. v. 2. Nov. 1869, Nr. 12293 (Best. des das Edict des H. G. Wien v. 9. Juli 1869, Nr. 68724, abänd. Decr. des O. L. G. Wien vom 25. August 1869, Nr. 17173). G. H. 1869, S. 416.

In dem Edict zu der von A nachgesuchten Amortisirung von verlorenen, auf den Ueberbringer lautenden Actieninterimsscheinen hatte das H. G. die dreijährige Frist zur Anmeldung a dato des Tages der ersten Edicteinschaltung fixirt. — Auf den Recurs der betreffenden Actiengesellschaft wurde von dem O. L. G. verordnet, daß der Amortisationstermin in dem Edict auf drei Jahre a dato des Tages des Verfalles des letzten auf die Interimsscheine hinausgegebenen Coupons gesetzt werde, — weil nach dem Gesetze vom 3. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 36 in Ansehung der Fristen und des Verfahrens für die Amortisirung dieser Interimsscheine die für die Amortisirung von Staatspapieren ähnlicher Gattung geltenden Vorschriften analoge Anwendung zu finden haben und nach den letztern (§. 1 des Patents vom 15. August 1817, J. G. S. Nr. 1361), da die in Rede stehenden Interimsscheine au porteur lauten, die gesetzliche Wirkung des Amortisationsedicts erst nach drei Jahren von dem Tage an, an welchem der letzte darauf hinausgegebene Coupon fällig wird und somit die Hinausgabe neuer Coupons stattzufinden hat, zu deren Erhebung eben die Interimsscheine beizubringen sind, eintritt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Edictsfassung, indem er bemerkte, daß das in Gemäßheit des Gesetzes vom 3. Mai 1868, Nr. 36, §. 3, anzuwendende Patent vom 15. August 1817, Nr. 1361 im §. 1 die Frist zur Amortisirung jener Obligationen, mit welchen Interessencoupons hinausgegeben wurden, überhaupt festsetzt, ohne Unterschied, ob mit der Obligation auch die Coupons, oder ob die Obligation allein amortisirt werden soll.

Nr. 3551.

Competenz der Verwaltungsbehörden zur Entscheidung über Schuldotationsbeiträge.

Entsch. v. 2. Nov. 1869, Nr. 12573. G. H. 1869, S. 437.

Die Klage des Stiftes A gegen den Schulconcurrenzausschuß B pto. Congruaergänzung mit jährlichen 40 fl. wurde von dem obersten Gerichtshof mit folgender Begründung, wegen Incompetenz der richterlichen Behörde, zurückgewiesen: Das Ministerium für Cultus

und Unterricht hat eröffnet, daß es der Ansicht des obersten Gerichtshofes, wornach die Austragung der Beschwerde des Stiftes A in Betreff des Dotationsbeitrages an die Schule in B nicht zur Competenz der Gerichte gehört, vollkommen beitrete, weil die Verbindlichkeit zur Leistung jenes Beitrages auf politischen Gesetzen und Verordnungen beruhet, mithin nur die administrativen Schulbehörden zur Entscheidung über den Fortbestand oder die Aufhebung dieser Leistung berufen sind. Wie nämlich aus den vorgelegten Acten sich ergibt, steht die fragliche Leistung des Stiftes mit dem entfallenen Schutzpatronat desselben in keinem unmittelbaren Zusammenhang, sondern sie gründet sich auf die Bestimmungen des §. 149 der politischen Schulverfassung und ist dermalen nach den Bestimmungen des neuen Schulgesetzes vom 14. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 62 zu beurtheilen und zu behandeln.

Nr. 3552.

Verurtheilung des Beklagten zum Kostenersatz bei richterlicher Mäßigung der angesprochenen Forderung.

Entsch. v. 3. Nov. 1869, Nr. 8411 (Best. des Urth. des B. G. Haag vom 30. Jänner 1869, Nr. 449, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 22. April 1869, Nr. 7626). G. H. 1869, S. 432.

Nr. 3553.

Voraussetzungen der Hemmung der Execution wegen einer Excscindirungsklage: Bescheinigung des Eigenthums; Gefahr.

Entsch. v. 3. Nov. 1869, Nr. 12335 (Best. des das Decr. des B. G. Sechshaus v. 4. Oct. 1869, Nr. 21952, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 16. Oct. 1869, Nr. 21171). G. H. 1869, S. 425.

In den Motiven der oberstgerichtlichen Entscheidung, womit das nach dem Hofdcr. vom 29. Mai 1845, J. G. S. Nr. 889 angebrachte Gesuch des Vindicanten von Mobilien und Victualien, welche vom Beklagten gegen einen Dritten in Execution gezogen worden waren, um Suspension der bereits angeordneten executiven Feilbietung derselben abgewiesen wurde, ist bemerkt, daß die Anbietung von Zeugen und Haupteid (durch den Vindicanten, um sein angebliches Eigenthum an den Pfandsachen darzuthun) bei Beurtheilung der Frage nach der Zulässigkeit der Sistirung der Execution im Sinn des §. 3 des citirten Hofdecretes nicht in Betracht gezogen, und der gänzliche Mangel der Bescheinigung des behaupteten Eigenthumsan-

spruches auch durch eine Cautionsleistung nicht ersetzt werden kann; daß übrigens mit Rücksicht auf die Qualität der gepfändeten Sachen, welche zum größten Theil Butter- und Schmalzwaaren sind, daher dem Verderben unterliegen, ein unwiederbringlicher Nachtheil vielmehr aus der längeren Aufbewahrung als aus der Feilbietung zu besorgen ist.

Nr. 3554.

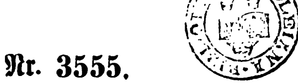
Sachverständige Zeugen. Beweis zum ewigen Gedächtniß: Voraussetzungen der Zulassung; Vernehmung des Gegners; Abforderung der Fragestücke.

Entsch. v. 3. Nov. 1869, Nr. 12453 (Best. des Decr. des B. G. Aussig v. 15. Juli 1869, Nr. 7856, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 10. August 1869, Nr. 26725). G. Z. 1869, Nr. 101.

Nach dem Einsturz des Kühlhauses in der Brauerei des A wurde sofort — im Juni 1868 — auf Veranlassung des Letzteren privatim von zwei Ingenieurs der Augenschein vorgenommen und als die Ursache des Ereignisses die schlechte Qualität der für das Sprengwerk verwendeten, von B gelieferten Eisenbestandtheile erkannt. Nach ungefähr einem Jahr überreichte nun A zur Begründung seines Ersatzanspruches gegen B das Gesuch um Abhörung der beiden Ingenieurs als sachverständige Zeugen über den von ihnen constatirten Zustand des eingestürzten Kühlhauses und die Ursache des Einsturzes. — Die erste Instanz bewilligte diese Bitte und lud die Parteien zur Vernehmungstagfahrt mit dem Bedeuten vor, daß es ihnen freisteht, bei derselben den Zeugen ihre allenfallsigen Erinnerungen zu machen. — Auf den Recurs des B hat das O. L. G. in Erwägung, daß die bloße Möglichkeit vorzeitigen Absterbens der als Zeugen angeführten Personen ohne Nachweis der Wahrscheinlichkeit der Gefahr des Verlustes der Zeugen im Sinne des §. 179 a. G. O. die Zulassung der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß ohne vorgängige Vernehmung der Gegenpartei nicht zu rechtfertigen vermag, daß gegen die Vorschrift des Hofdcr. vom 27. September 1784, J. G. S. Nr. 341, dem Gesuch des A die erforderlichen Weisartikel nicht beigeschlossen wurden und daß, hievon abgesehen, bei dem im Recurs des B enthaltenen Einspruch desselben gegen die angesuchte Beweisaufnahme, zum ewigen Gedächtniß seine vorgängige Vernehmung zwecklos sein würde — das Gesuch des A ohne Weiteres abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid mit Hinzufügung des Auftrages: dem A die Weisartikel abzufordern und dieselben dem Gegner zur Einlegung der besonderen Fragstücke zustellen zu lassen, weil die Besorgniß, daß dem A einer der beiden

Zeugen oder der Sachverhalt ihrem Gedächtniß entschwinden könnte, nicht ungegründet ist, es sich hier nach Inhalt des Gesuches und beim Mangel eines noch vorhandenen, in Augenschein zu nehmenden Objectes (da das Gebäude inzwischen wieder hergestellt wurde) nicht um einen Kunstbefund, sondern um einen Zeugenbeweis handelt, die Vernehmung der Gegenpartei nach dem Inhalt ihres Appellationsrecurses sich als überflüssig darstellt, anderntheils aber die Angelegenheit doch nicht als so dringend erscheint, daß dem Gegner Weisartikel zur Vorlage besonderer Fragstücke nicht zugestellt werden könnten.



Nr. 3555.

Exceptio rei judicatae: Klageweise Geltendmachung desselben im Exceptionswege bereits aberkannten Anspruches.

Entsch. v. 4. Nov. 1869, Nr. 6312 (Best. des das Urth. des L. G. Brünn v. 15. Sept. 1868, Nr. 4806, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 10. Februar 1869, Nr. 1220). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 46. Gazz. dei Trib. 1871, Nr. 2.

B führte in seiner Klage wider C und A an, daß ihm A für seine eventuellen Wechsel- und Buchforderungen gegen C bis zum Betrag von 2500 fl. durch grundbücherliche Verpfändung einer Satzpost von 6400 fl. Sicherheit geleistet habe, daß seine gegenwärtige Buchforderung gegen C sich auf 2242 fl. belaufe, und bat um das Erkenntniß, daß C diese Summe ihm zu zahlen habe und daß er, B, berechtigt sei, aus der ihm von A verpfändeten Forderung für Schulden des C bis zum Betrag von 2500 fl. sich zahlhaft zu machen. — Diesem in erster Instanz zurückgewiesenen Klagebegehren wurde in zweiter und dritter Instanz stattgegeben mit Verwerfung der von A vorgebrachten Einwendung der Unechtheit der Cautionsurkunde, weil — wie es in den Motiven heißt — die letztere seit mehr als 3 Jahren intabulirt ist, mithin nach Hofdcr. vom 29. August 1818 J. G. S. Nr. 1488 ihre Echtheit nicht mehr angefochten werden könne. — Als nun A gegen B mit einer Klage auftrat, worin er die Cautionsurkunde als ein Falsificat bezeichnete und das Erkenntniß forderte, daß dieselbe von B erschlichen, null und nichtig und er, A, berechtigt sei, sich als indebite haftend grundbücherlich löschen zu lassen, opponirte B aus dem Inhalt und den Motiven des im früheren Proceß gefällten oberstgerichtlichen Urtheils die res judicata.

Dieser in erster Instanz verworfenen Einwendung wurde von dem O. L. G. und dem obersten Gerichtshof aus folgenden Gründen stattgegeben: Im Wesentlichen ist das Begehren der heutigen Klage dasselbe, welches im frühern Proceß excipiendo vorgebracht wurde, und geht darauf, daß die Cautionsurkunde für unecht und beweisun-

kräftig und in Folge dessen A von der Verbindlichkeit zur Zahlung der Forderung des B an C befreit erklärt werde. Der mit dieser Klage anhängig gemachte Streit ist aber durch die frühere Proceßentscheidung: daß die Echtheit der Cautionsurkunde nicht mehr angefochten werden könne und die Forderung des B an C bis zum Betrag von 2500 fl. aus der verpfändeten Satzpost von 6400 fl. gezahlt werden müsse, bereits rechtskräftig entschieden. Daß die frühere Entscheidung nicht auf die Klage des A, sondern auf dessen Einwendung gegen die auf Zahlung gerichtete Klage des B erging, ist gleichgiltig, weil die Wirkung des richterlichen Spruches in beiden Fällen dieselbe sein und der im Hofdcr. vom 15. Jänner 1787 J. G. S. Nr. 621 gebrauchte Ausdruck: „Durch Urtheil entschiedene Klage“ sprachrichtig gleichlautend sein muß mit: „durch Urtheil entschiedene Rechtsangelegenheit“. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus der Erwägung, daß die Folgen des die Berechtigung des B aussprechenden Urtheils so lang fortdauern müssen, als dasselbe aufrecht da steht, und daher nur durch ein mittelst restitutio in integrum in der nämlichen Rechtssache erwirktes, das erste Urtheil aufhebendes Erkenntniß, keineswegs durch ein in einem andern Rechtsstreit ergebendes Urtheil beseitigt werden können. Zwischen der Ausführung des Klagefactums in der gegenwärtigen Klage und der Einwendung im ersten Proceß besteht zwar der Unterschied, daß hier die Echtheit der Cautionsurkunde nur im Allgemeinen in Abrede gestellt worden war, dort aber die Entstehung dieser Urkunde und die Wirksamkeit des B dabei ausführlich angegeben wird. Allein eben diese Anführungen der gegenwärtigen Klage hätten nur auf dem Wege der Restitution gegen das im ersten Proceß ergangene Urtheil — das Vorhandensein der Bedingungen einer Restitution vorausgesetzt — geltend gemacht werden können; niemals aber können dieselben auf die Entscheidung der Frage über den Rückerlag der Klage ob rem judicatam von Einfluß sein, weil bei dieser es sich nur darum handelt, ob die Rechtssache überhaupt schon entschieden ist oder nicht.

Nr. 3556.

Abgrenzung der Competenz des Landtafel- und des Grundbuchsgerichtes: Streit über die Identität eines verbücherten Grundstückes.

Entsch. v. 4. Nov. 1869, Nr. 7586 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Weyer v. 26. Jänner 1869, Nr. 55 und des O. L. G. Wien v. 15. April 1869, Nr. 6581). G. H. 1870, S. 8.

A, welcher laut des von ihm vorgelegten Auszugs aus dem Grundbuche des B. G. Weyer Eigenthümer der Liegenschaft Grund-

buchseinlage X ist, belangte den Besitzer des landtäflichen Gutes B bei diesem Gericht mit der Eigenthumsklage auf Herausgabe mehrerer Grundstücke, indem er behauptete, daß dieselben eben die Grundbuchseinlage X bilden. Der Beklagte widersprach dieser Anführung unter Vorlage einer amtlichen Bestätigung des B. G. Weyer des Inhalts, daß die fraglichen Grundstücke als ein Bestandtheil des Fideicommißgutes B eine Einlage der Landtafel bilden und nicht ein Object des Grundbuches seien, und setzte auf Grund dessen der Klage die Einrede der Incompetenz des angerufenen Gerichtes entgegen. Diese Einwendung wurde in allen Instanzen, von dem obersten Gerichtshof mit folgender Begründung abgewiesen: Die Klage des A hat ein dingliches Recht an einer Realität zum Gegenstand, welche im Bezirk des Gerichtes Weyer gelegen ist, und gehört daher nach §. 52 der J. N. zur Competenz dieses B. G. als Realinstanz. Der Beklagte stützt die dagegen vorgebrachte Einwendung der Unzuständigkeit darauf, daß die vindicirten Parcellen ein Bestandtheil des in der Landtafel eingeschriebenen Fideicommißgutes B seien, folglich die Klage bei dem Gerichtshof anzustellen war, bei welchem die Landtafel geführt wird. Der Streit besteht also darüber, ob diese Grundstücke diejenigen seien, welche die dem Kläger zugeschriebene Grundbuchseinlage X bilden. Die Entscheidung der Frage aber, ob ein bestimmtes Immobile der Gegenstand oder ein Bestandtheil einer bestimmten Grundbuchseinlage sei, kann nur dem Gericht, in dessen Grundbuch die Einlage existirt, und keinem andern Gericht zustehen.

Nr. 3557.

Selbstständigkeit der Hypothek: Uebertragung derselben nach Tilgung der Schuld auf eine andere Forderung.

Entsch. v. 4. Nov. 1869, Nr. 8088 (Best. des das Urth. des B. G. Lundenburg v. 16. Juli 1868, Nr. 1607, abänd. Urth. des O. L. G. Brünn vom 23. Dec. 1868, Nr. 14849). G. Z. 1869, Nr. 101.

Der Erlös aus der im Jahre 1866 stattgefundenen executiven Versteigerung eines Grundstückes des C wurde durch die Forderungen der dem Pfandgläubiger A vorhergehenden Pfandgläubiger erschöpft. Unter ihnen befand sich die B mit einer Forderung von 500 fl., welche auf den vom Executen C dem D ausgestellten und intabulirten Schuldschein vom 1. September 1858 gegründet und von D mittelst gleichfalls intabulirter Urkunde vom 1. October 1864 der B cedirt worden war. A trat nun gegen die B klagend auf und bestritt das Pfandrecht derselben für einen 300 fl. betragenden Theil ihrer Forderung von 500 fl., indem er anführte, daß C dem D noch vor der Cession vom Jahre 1864 auf dessen Forderung von 500 fl.

eine Anzahlung von 300 fl. geleistet und die B zur Zeit der Cession von dieser Theilzahlung bereits Kenntniß gehabt habe, mithin das ihr mitcedirte Pfandrecht theilweise, nämlich für 300 fl., damals schon erloschen gewesen sei. Diesen von der B nicht bestrittenen Anführungen stellte sie folgende Thatsachen entgegen, welche sie sich erbot, durch den dem Kläger rückschiebbar aufgetragenen Haupteid zu beweisen: Der nachmalige Execut C, von dem sie selbst 300 fl. zu fordern hatte, habe ihr die Berichtigung dieser Schuld in der Weise angetragen, daß sie von D den auf seine Forderung von 500 fl. bereits gezahlten, allein im Grundbuche noch nicht gelöschten Betrag von 300 fl. sich cediren lasse; darauf sei sie eingegangen und sohin von D mit der Urkunde vom 1. October 1864 die ganze Forderung von 500 fl. ihr abgetreten worden. — Die erste Instanz erkannte nach dem Klagebegehren, weil vermöge §. 469 a. b. G. B mit der Zahlung von 300 fl. das dafür bestellte Pfandrecht erloschen sei und die in demselben Paragraph für das Hypothekarecht statuirte Ausnahme von dieser Regel der Beklagten nicht zu Statten komme, da ihr die Tilgung der Forderung von 300 fl. vor der Cession an sie bekannt geworden war. — Das O. L. G. entschied, daß das Klagebegehren nur für den Fall zugelassen werde, als die Beklagte den oben erwähnten Beweis durch den Haupteid nicht erbringen würde.

Die oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz. Gründe: Nach §. 449 a. b. G. B. bezieht sich das Pfandrecht zwar immer auf eine giltige Forderung; allein das Gesetz schreibt nirgends vor, daß die Forderung zur Zeit der Constituirung des Pfandrechts wirklich bestehen müsse. So wie es keinem Zweifel unterliegt, daß ein Pfandrecht für eine künftige Forderung eingeräumt und erworben werden kann, ebenso ist es mit dem Gesetze vereinbar, für eine bereits erloschene Forderung das Pfandrecht fortbestehen zu lassen und derselben eine andere, entweder schon bestehende oder neu entstandene Forderung zu substituiren. Nach §. 469 a. b. G. B. bleibt das Hypothekargut so lange verhaftet, bis die betreffende Schuldurkunde in den öffentlichen Büchern gelöscht ist; es bleibt also auch das Pfandrecht aufrecht. Ein bestehendes Pfandrecht ist ein im Verkehre stehendes Recht und kann daher auf einen Andern übertragen werden. Wenn, wie nicht bezweifelt wird, ein Gläubiger das ihm zustehende Pfandrecht auf einen späteren Pfandgläubiger mit der Forderung oder ohne dieselbe übertragen kann, so ist nicht einzusehen, weßhalb eine solche Uebertragung auf jenen Gläubiger, der bisher mit keinem Pfandrecht versehen war, unstatthaft sein soll; und da nach den §§. 469 und 1446 a. b. G. B. der Schuldner die bezahlte Forderung sich cediren lassen und die ihm selbst cedirte Forderung mit oder ohne Pfandrecht einem Anderen abtreten kann, so ist eben so wenig einzusehen, warum die Uebertragung des Pfandrechtes für die nicht gelöschte und noch nicht quittirte Forderung nicht unmittel-

bar von Seite des noch intabulirten Gläubigers auf den neuen Gläubiger sollte geschehen können, wenn der Tabularschuldner, der alte und der neue Gläubiger damit einverstanden sind. Postlocirte Gläubiger haben kein Recht, eine bereits bezahlte, vorausgehende Tabularpost zur Löschung zu bringen oder einem solchen Uebereinkommen entgegenzutreten. Sie haben bei der Erwerbung ihres Pfandrechts das auf der Sache haftende ältere Pfandrecht gesehen, und im gegenwärtigen Fall liegt nicht einmal vor, wann der Kläger von der theilweisen Zahlung der Forderung der Beklagten Kenntniß erhalten habe. Die nachfolgenden Gläubiger können sich daher auch nicht beklagen, daß sie durch ein Uebereinkommen, wie das in Rede stehende, in einem Recht verletzt wurden. Die Belangte B hat nur von einem ihr zustehenden Recht Gebrauch gemacht, und es kann dabei von einer Unredlichkeit auf ihrer Seite keine Rede sein. Hätte das Gesetz beabsichtigt, das Hypothekarrecht im Falle des §. 469 nur für Denjenigen fortbestehen zu lassen, der Rechte an einer noch nicht gelöschten Satzpost im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erlangt hat, so würde dies gewiß gesagt worden sein. — Es mußte demnach die Revisionsbeschwerde des Klägers gegen das obergerichtliche Urtheil verworfen werden.

Nr. 3558.

Sicherstellung der Erbschaftsgläubiger: Executive Sequestration der bereits executiv gepfändeten Erbschaftssache.

Entsch. v. 4. Nov. 1869, Nr. 12458 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Prag v. 3. Mai 1869, Nr. 26435 und des O. L. G. Prag v. 27. Juli 1869, Nr. 24878). G. H. 1870, S. 210.

Der oberste Gerichtshof bewilligte dem A, welcher gegen seinen Schuldner B zur Sicherstellung die Pränotation auf dem von M hinterlassenen und dem B als Erben angefallenen Hause im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. erwirkt hatte, auf Grund der inzwischen gegen B ergangenen und rechtskräftig gewordenen Zahlungsauflage, nebst der schon in zweiter Instanz bewilligten Einverleibung des executiven Pfandrechts auf dem erwähnten Hause, auch die executive Sequestration desselben mit der Beschränkung des §. 822 a. b. G. B. und dem dieser Beschränkung entsprechenden Auftrag an den Sequester, die bis zur Austragung der Ansprüche der Verlassenschaftsinteressenten nach dem citirten Paragraph von ihm einzuhebenden Nutzungen des Hauses bei dem Abhandlungsgericht zu hinterlegen. — In den oberstgerichtlichen Motiven wurde gegen die Meinung beider Untergerichte ausgesprochen, daß die nach 822 a. b. G. B. dem Gläubiger des Erben gestattete und im

gegenwärtigen Fall bereits bewilligte Pfändung des dem Erben angefallenen Erbgutes auch die Pfändung der Nutzungen nach §. 320 a. G. O., die Verhängung der Sequestration derselben zur Folge habe.

Nr. 3559.

Gewährung des executiven Pfandrechtes für künftige Alimentationsraten.

Entsch. v. 9. Nov. 1869, Nr. 12580 (Best. des das Decr. des B. G. Deutschlandsberg v. 24. Juni 1869, Nr. 2251, abänd. Decr. des O. L. G. Graz v. 16. Sept. 1869, Nr. 11126). G. Z. 1869, Nr. 102. G. H. 1870, S. 187.

Auf Grund des Urtheils, wodurch B zur Zahlung der Alimente für sein uneheliches Kind A bis zum Zeitpunkte der Selbsterhaltungsfähigkeit desselben in Monatsraten von 5 fl. condemnirt worden war, begehrte die Vormundschaft des A die Eintragung des executiven Pfandrechtes an Grundstücken des Beklagten erstens für die bereits fälligen Alimente und zweitens zur Sicherstellung der in Zukunft verfallenden Raten. Dieses Gesuch wurde in erster Instanz ad 1 bewilligt, ad 2 hingegen aus dem Grunde abgewiesen, weil in Betreff der erst fällig werdenden Alimentforderungen die Execution im vorhinein unstatthaft sei. — Das O. L. G. hat dem Begehren in vollem Umfange in der Erwägung stattgegeben, daß ein rechtskräftiges Urtheil hinsichtlich der dadurch begründeten Forderungen auch intabulationsfähig ist; daß die Pfandrechtseinverleibung auf Grund eines Urtheils für sich schon die Wirkung der Execution des ersten Grades hat; daß die erst nach gewissen Zeitabschnitten eintretende Fälligkeit der Alimentenbeträge der Pfandrechtseinverleibung nicht entgegenstehen kann, da auch künftige Forderungen Gegenstand pfandrechtlicher Sicherstellung sind; daß im gegenwärtigen Falle lediglich eine im Urtheil selbst gelegene Beschränkung eintritt, vermöge welcher rücksichtlich der einzelnen Raten nur nach Maßgabe ihrer Fälligkeit zur Execution des zweiten Grades geschritten werden kann, und daß es nicht im Sinne des Gesetzes sein kann, daß zum Zweck der Eintreibung jeder einzelnen Rate das Urtheil jedesmal intabulirt werden müsse.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Decret des O. L. G. aus dessen Gründen.

Nr. 3560.

Aenderung des Klagegrundes im summarischen Proceß.

Entsch. v. 10. Nov. 1869, Nr. 8537 (Abänd. der Urth. des H. G. Wien v. 23. April 1869, Nr. 38906 und des O. L. G. Wien v. 16. Juni 1869, Nr. 9857). G. H. 1870, S. 141.

In einem summarischen Proceß hat das Gericht erster Instanz den Kläger deßhalb abgewiesen, weil er seine Forderung erst als Kauf-

schillingsforderung, sodann in der Replik als Schadenersatzforderung geltend gemacht, mithin den Klagegrund geändert hatte. — Das O. L. G. und der oberste Gerichtshof schlossen den erstgerichtlichen Abweisungsgrund aus. In den Motiven des obersten Gerichtshofes heißt es: daß die Aenderung des Klagegrundes im summarischen Proceß zuläßig sei, geht schon daraus hervor, daß zufolge §. 25 des Gesetzes vom 24. Oct. 1845, J. G. S. Nr. 906 in dem summarischen Verfahren der Gegenstand des Streites vollständig erörtert und sogar nach geschlossenem Verfahren durch das Gericht selbst die Verbesserung jedes von ihm wahrgenommenen Mangels veranlaßt werden soll, wornach die noch während der Verhandlung geschehene Richtigstellung des verfehlten Klagegrundes nicht ausgeschlossen werden darf.

Nr. 3561.

Störung im Besitz des Rechtes zur remuneratorischen Benützung einer Wiese.

Entsch. v. 10. Nov. 1869, Nr. 12684 (Best. des das Decr. des B. G. Buchau v. 9. Juli 1869, Nr. 3049, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Sept. 1869, Nr. 27653). G. H. 1869, S. 170.

Mehrere Insassen der Gemeide B hatten seit Jahren für die Aufzucht und Erhaltung des Zuchtstieres der Gemeinde gesorgt und deshalb den Nutzen einer der Gemeinde gehörenden Wiese bezogen; unter ihnen war das Geschäft in der Art getheilt, daß jedes Jahr nur Einer dasselbe besorgte und allein den ganzen Wiesennutzen hatte. Im Jahre 1869 beschloß die Gemeindevertretung, in dieser Uebung eine Aenderung eintreten zu lassen, nämlich das Halten des Gemeindestieres und die Benutzung der Wiese, der Reihe nach, jedem Gemeindemitglied zugänglich zu machen, und in Gemäßheit dieses Beschlusses wurde an einen der Consorten, welche bisher ausschließlich mit diesem Geschäft sich befaßt hatten, ein Erlaß der Gemeindevertretung ausgefertigt, des Inhalts, daß in dem nächsten Jahr (der dem Consortium nicht angehörige) C den Stier für die Gemeinde zu halten haben werde und die Gemeindewiese benutzen könne. Unter Einem beschloß die Gemeindevertretung die Erlassung des Verbots an die Consorten, die Wiese fernerhin zu benutzen. In diesen Vorgängen, vornehmlich in der beschlossenen Erlassung des Verbotes der ferneren Benutzung des Wiesengrundstückes erblickten die Consorten eine Störung ihres Besitzes durch die Gemeinde und belangten dieselbe in possessorio summariissimo, indem sie die Anerkennung ihres gemeinsamen Rechtes zur Benutzung der Wiese und die Gewährung des richterlichen Schutzes begehrten. — In erster Instanz wurde die Besitzstörungsklage abgewiesen, weil die bisherige Benutzung der Wiese durch die Kläger,

welche mit Aufhebung der von ihnen übernommenen Verbindlichkeit, den Stier zu halten, von selbst wegfällt, nicht als ein Rechtsbesitz der Kläger aufgefaßt werden kann, und weil — davon abgesehen — der Beschluß der Gemeinde ein bloßes Verbot, resp. die Aufhebung eines bisher gepflogenen Gebrauches in Aussicht stellt, mithin eine Besitzstörungsklage nicht begründet, sondern höchstens als Berühmung der Gemeinde mit einem von den Klägern nicht anerkannten Recht, nämlich mit dem Recht der Verfügung über die Wiese angesehen werden kann, wogegen ein anderes Rechtsmittel als die Besitzstörungsklage zu Gebote steht. — Von dem O. L. G. wurde der Besitzstörungsklage stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz in Erwägung, daß es sich nicht um das Eigenthum und den Besitz der Wiese, sondern um den letzten factischen Besitz der unter den Klägern nach der Reihe wechselnden Benutzung derselben gegen Haltung des Zuchtstieres zum unentgeltlichen Gebrauch der jeweiligen Besitzer der Rustikalwirthschaften der Kläger und der Besitzer der andern in der Klagschrift bezeichneten Rustikalhöfe handelt; daß die Thatsache dieser Besitzausübung von der Vertretung der beklagten Gemeinde zugestanden wird, und daß der Gemeindbeschluß und die in Folge desselben erlassene Verständigung mit Rücksicht darauf, daß nach diesem Beschluß die bisher bestandene reihenweise Benutzung der Wiese durch die Kläger aufhören soll, allerdings eine Beeinträchtigung und sonach eine Störung der bisherigen Besitzausübung in sich schließen.

Nr. 3562.

Verhältniß des Urtheiles zur Klage: Aenderung des Begehrens?

Entsch. v. 12. Nov. 1869, Nr. 8446 (Best. des das Urth. des B. G. Oberuberg v. 2. Nov. 1868, Nr. 511, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 25. Februar 1869, Nr. 1059). G. H. 1870, S. 110.

Das Haus des B, in welchem dessen Mutter A vermöge vertragsmäßigen Ausgedings die Wohnung hatte, war durch eine Feuersbrunst so sehr beschädigt worden, daß es die A zum Wohnen nicht mehr benutzen konnte. Sie belangte nun den B auf Herstellung der Wohnung und da B einwendete, daß er weder durch das Gesetz noch durch Vertrag hiezu verpflichtet sei, modificirte die Klägerin in der Replik ihr Begehren dahin, daß B schuldig erkannt werde, die Herstellung der Wohnung ihr zu gestatten. — Es handelte sich nun auch um die Frage, ob diese Modification des Klagebegehrens eine nach dem Proceßgesetz zulässige Aenderung desselben sei.

Der oberste Gerichtshof entschied die Frage im bejahenden Sinne. Gründe: In der Klage wurde die Herstellung der Wohnung durch den Beklagten begehrt, „weil er dieselbe, obgleich dazu verpflichtet, weder

selbst besorge, noch die Herstellung durch die Klägerin gestatte". Wenn nun die Klägerin in der Replik sich auf die Forderung des Letzteren beschränkt, so liegt darin weder eine Aenderung des Klagegrundes noch eine Aenderung des Begehrens im Sinn des §. 21 a. G. O., sondern nur eine Einschränkung des Begehrens zu Gunsten des Beklagten, welcher noch hinreichende Gelegenheit gehabt hätte, sich meritorisch dagegen zu vertheidigen.

Nr. 3563.

Mängel der verkauften Waare: Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Kaufgeschäftes.

Entsch. v. 12. Nov. 1869, Nr. 8636 (Best. des Urth. des B. G. Haag vom 9. April 1869, Nr. 500, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 10. Juni 1869, Nr. 8808). G. Z. 1869, Nr. 100.

Der Kläger A führte an, dem B eine Kuh um 70 fl. verkauft und dabei bemerkt zu haben, daß sie am rechten Vorderfuße hinke; nach fünf Wochen habe ihm B die Kuh zurückgebracht, weil das Gebrechen noch nicht gehoben war, und deßhalb den Kaufvertrag als aufgehoben bezeichnet; das Geschäft sei aber giltig geschlossen worden und B zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Der Geklagte B wendete ein, der Kläger habe ausdrücklich die von ihm begehrte Haftung dafür übernommen, daß in acht Tagen das erwähnte Gebrechen gehoben und die Kuh geeignet sein werde, zum Stier getrieben zu werden, und deferirte dem Kläger hierüber den Haupteid. Dieser berief sich dagegen auf §. 928 a. b. G. B., wonach für sichtbare Mängel nicht Gewähr zu leisten ist. — Die erste Instanz erkannte auf den Haupteid. Gründe: Der Geklagte hat die Kuh als Nutzkuh gekauft, und wenn er sie auch in Folge des Fußleidens nicht sogleich unmittelbar nach dem Kaufe benützen konnte, und ihm dieses bekannt war, so wurde doch durch die Festsetzung der achttägigen Frist ein bestimmter Zeitabschnitt, von welchem ab die Nutzbarmachung der Kuh, insbesonders die Zulässigkeit ihres Zutreibens zum Stiere, einzutreten habe, vereinbart. Allein unwidersprochener Maßen trat ihre Nutzbarkeit während dieses Zeitraumes nicht ein. Dieser Mangel konnte somit in der gesetzten Frist nicht behoben werden und verhinderte den ordentlichen Gebrauch der Kuh, er begründet daher die Aufhebung des Vertrages. (§. 932 a. b. G. B.). Deshalb mußte auf den Haupteid über die obige Haftungs-Erklärung des Klägers eingegangen werden. — Das O. L. G. verurtheilte den Geklagten unbedingt zur Zahlung der 70 fl. aus folgenden Gründen: Die angebliche Zusage seitens des Klägers, daß die verkaufte Kuh binnen acht Tagen gesund und zur Zucht geeignet sein werde, wäre nur dann von rechtlichem Belange, wenn der Inhalt dieser Zusage als

Bedingung des Kaufes hätte gelten sollen, ein Umstand, den Geklagter nicht behauptet hat. Es ist daher im Sinne der §§. 897, 696, 901 a. b. G. B. rechtlich gleichgiltig, welcher Beweggrund den Geklagten zu dem Kaufe der Kuh bestimmte, und der Geklagte kann allenfalls jene Ansprüche auf Schadenersatz, die ihm vermeintlich zustehen, geltend machen, aber den Bestand des Kaufes nicht anfechten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil, mit Beschränkung der Eidesformel auf den entscheidenden Umstand, daß der Kläger die vom Geklagten begehrte Haftung dafür übernommen habe, daß das Fußgebrechen der Kuh binnen 8 Tagen wieder behoben sein werde. Gründe: Falls der Kläger diesen Haupteid nicht abgelegt, so ist als erwiesen anzunehmen, daß der Vertrag, mittelst welchem er eine Kuh sammt Kalb dem Geklagten um 70 fl. verkaufte, nur unter der Bedingung geschlossen wurde, daß das Fußleiden der Kuh binnen acht Tagen behoben werde. Da nun diese Bedingung nicht eingetreten ist, so wäre bei Nicht-Ablegung des Haupteides der Vertrag als gar nicht rechtsgiltig zu Stande gekommen anzusehen, und der Geklagte, welcher unbestrittenermaßen die Kuh dem Kläger schon zurückgestellt hat, von der Zahlung des Kaufpreises befreit. Der §. 928 a. b. G. B. steht dem nicht entgegen, weil der Geklagte die Ungiltigkeit des Kaufgeschäftes nicht wegen des Mangels der Sache, sondern wegen Nicht-Eintritt der Bedingung behauptet.

Nr. 3564.

Exceptio rei judicatae: Neuer Anspruch. — Widerspruch der geschiedenen Ehegattin gegen die Verwaltung ihres Vermögens durch den Ehegatten.

Entsch. v. 12. Nov. 1869, Nr. 11165 (Best. des das Urth. des B. G. Zwettl v. 8. Nov. 1868, Nr. 506, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 13. Mai 1869, Nr. 5703). G. H. 1870, S. 14.

Nachdem die seit 17. November 1862 von Tisch und Bett geschiedene A mit Klage vom 29. April 1865 ihren Ehegatten B auf Ablage der Rechnung über die Verwaltung einer grundbücherlich ihr zugeschriebenen Liegenschaft für die Zeit vom Scheidungstage bis Ende 1864 erfolglos belangt hatte, weil nicht vorlag, daß sie erklärt habe, dem Beklagten die Vermögensverwaltung entziehen zu wollen (§. 1238 a. b. G. B.), — trat sie im Jahre 1868 gegen ihn mit einer neuen Klage auf, worin sie die Rechnungslegung für die Zeit von dem Tage der ersten Klage (6. Mai 1865) bis Ende 1867 forderte.

Diesem Begehren, welchem B excipiendo die Sachfälligkeit der A in dem früheren Proceß entgegen setzte, wurde in zweiter und

dritter Instanz stattgegeben. In der oberstgerichtlichen Motivirung ist gesagt: Wenn auch die erste auf die Verwaltungszeit bis Ende 1864 beschränkte Klage der A wegen Mangels einer von ihr vor Anstellung derselben abgegebenen, die gesetzliche Vermuthung (§§. 1238 u. 1239 a. b. G. B.) der Befreiung des Ehemannes von der Rechnungsablage über die Nutzungen des Vermögens der Ehefrau aufhebenden Erklärung abgewiesen worden ist, so muß doch jene Klage selbst als eine in der gedachten Richtung für die Zeit von der Zustellung derselben an den Beklagten, d. i. vom 6. Mai 1865 ab wirksame Willenserklärung der A gelten, weil das Gesetz für den Widerspruch der Ehegattin gegen diese Vermuthung keine besondere Form vorschreibt.

Nr. 3565.

Vertragsmäßige oder gesetzliche Verpflichtung zur Leistung einer Schuldotation?

Entsch. v. 16. Nov. 1869, Nr. 6499 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Prag v. 10. Nov. 1868, Nr. 18634 und des O. L. G. Prag v. 15. März 1869, Nr. 5678). G. Z. 1870, Nr. 72.

D hat von der Staatsgüterveräußerungs-Commission im Jahre 1821 ein Gut gekauft und sich im Kaufcontracte verpflichtet, an die Schule in A jährlich 13¼ Klafter weichen Holzes abzuführen. Das Gut gelangte im Jahre 1826 durch Kauf an C, welcher in dem Vertrage ebenfalls diese Verpflichtung übernahm. Beide Kaufverträge waren intabulirt worden. Von C kam das Gut in Erbgang an B, welcher das Holzquantum so lange noch lieferte, bis das Schulpatronat durch das Gesetz aufgehoben und durch die Verwaltungsbehörde von B auf die Gemeinde in A übertragen wurde, nach diesem Zeitpunkt aber die Leistung verweigerte und deshalb von der Gemeinde darauf belangt wurde.

Beide Untergerichte erkannten zu Gunsten der Gemeinde nach dem Klagebegehren, und der oberste Gerichtshof verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde des Geklagten aus folgenden Gründen: Die Gemeinde A fordert von B als Besitzer des Gutes 13¼ Klafter weichen Holzes zur Beheizung der Schule und zwar auf Grund des von dem Vorbesitzer des Gutes mit der böhmischen Staatsgüterveräußerungs-Commission über dieses Gut am 9. October 1821 abgeschlossenen Vertrages, worin der Käufer D die Verpflichtung übernahm, der Schule jährlich dieses Holzquantum zu liefern; dann auf Grund des späteren Kaufvertrages, wodurch das Gut mit derselben Belastung an C gelangte, dessen Erbe der Geklagte ist. In den erwähnten Contracten ist die Verpflichtung des Gutsbesitzers zur Lie-

ferung des Schulheizungsholzes enthalten und auch insbesondere auf dem Gute sichergestellt, ohne Erwähnung, daß der Gutsherr nur in der Eigenschaft als Patron das Holz zu liefern habe. Der Geklagte wendet jedoch ein, daß der jeweilige Gutsherr nur in der Eigenschaft als Schulpatron das Holz für die Schule zu geben hatte, daß jedoch das Schulpatronat der ehmaligen Gutsobrigkeiten aufgehoben sei, und folglich auch deren Verpflichtung zur Schulbeheizung aufgehört habe. Die beiden Untergerichte hielten nur die Frage für entscheidend, ob die von der Gemeinde A geforderte Leistung eine der Grundobrigkeit obgelegene, blos auf das Patronatsverhältniß gegründete, das ist gesetzliche, oder eine auf privatrechtlichem Titel beruhende, besondere sei? Bei Erörterung dieser Frage sind die Untergerichte von folgenden Erwägungen ausgegangen: Im zweiten Absatze des Kaufvertrages vom 9. October 1821 wurde das Gut dem D so verkauft, wie der Studienfond dasselbe besaß, insbesondere mit allen von diesem Gute zu entrichtenden Schuldigkeiten, und der Käufer hat vertragsmäßig im 7. Absatze nebst dem Kaufschillinge und andern Verpflichtungen auch noch jene übernommen, der Schule A jährlich das bezeichnete Holzquantum zu leisten. Wenn es nun in diesem Absatze des Vertrages heißt, daß der Käufer noch insbesondere alle auf dem Gute haftenden landesfürstlichen und anderweitigen Entrichtungen zu tragen hat, und daß er anbei noch die weiters bezeichneten Geld- und Naturalabgaben, so darunter das Schulbeheizungsholz übernimmt, welche auf keinen Fall zur Abrechnung des Kaufschillings gehören, so seien dadurch diese Leistungen deutlich von jenen Prästationen geschieden, welche dem Gutsbesitzer schon nach dem Gesetze obliegen. Dieses werde noch deutlicher, wenn erwogen wird, daß in diesem Vertragsabsatze neben Leistungen für Dotirung des Seelsorgers, auch mehrere Leistungen aufgeführt sind, welche blos einzelne Personen betreffen, und daß die oben erwähnte Holzlieferung in einer fixen Ziffer für immerwährende Zeiten und ohne alle Rücksicht auf die dem Patron und der Gemeinde nach dem Gesetze zur Schulbeheizung obliegenden Leistungen festgesetzt wurde, wobei insbesondere ausgesprochen ist, daß für diese Leistungen keine Vergütung gefordert werden könne, wenn die Abgaben etwa steigen, oder die dermaligen Schuldigkeiten von den Unterthanen abgeändert werden sollten. Es sei demnach unverkennbar, daß die im 7. Absatze des Kaufvertrages aufgeführten Verbindlichkeiten einen Theil des Kaufpreises bildeten, welcher eben deßhalb geringer ausfallen mußte, weil der Käufer diese Leistungen insbesondere vertragsmäßig übernahm, worunter das Holz für die Schulbeheizung enthalten ist. — Wenn die beiden Untergerichte den Vertrag in solcher Weise auffaßten, so kann darin eine offenbare Gesetzwidrigkeit nicht erkannt werden.

Nr. 3566.

Androhung der Folgen des Ausbleibens bei der Vorladung zur Besitzstörungsverhandlung unter irriger Anführung des Gesetzes über das summarische Verfahren.

Entsch. v. 16. Nov. 1869, Nr. 12857 (Aufheb. des die Decr. des B. G. Hainfeld v. 21. und 28. August 1869, Nr. 1613, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien v. 22. Sept. 1869, Nr. 19267). G. H. 1869, S. 174.

Auf die Besitzstörungsklage des A gegen den B hatte das Gericht Tagsatzung an Ort und Stelle angeordnet und die Parteien aufgefordert, unter Mitbringung aller Zeugen und sonstiger Beweismittel zum summarischen Verfahren zur Vermeidung der im §. 18 des Hofdcr. vom 24. Oct. 1845 J. G. S. Nr. 906 auf das Ausbleiben gesetzten Folgen zu erscheinen. Die Tagfahrt wurde von dem Beklagten nicht besucht, worauf das Gericht in contumaciam desselben mittelst Bescheid nach dem Klagebegehren erkannte. Auf den Recurs des Beklagten wurde von dem O. L. G. die Entscheidung der ersten Instanz nebst dem Verfahren und dem Klagebescheid aufgehoben, weil das mit dem letztern nach dem citirten Hofdecret (summarischer Civilproceß) eingeleitete Verfahren verfehlt war, da es sich um eine Besitzstörungsklage handelte, über welche vielmehr nach der kaiserl. Verordn. vom 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12 (Possessorium summariissimum) zu verhandeln ist.

Der oberste Gerichtshof cassirte die Verordnung des O. L. G. mit dem Auftrag, als Berufungsgericht in merito zu entscheiden, — aus folgenden Gründen: Der Vorschrift der §§. 6 und 7 der kaiserl. Verordn. vom 27. Oct. 1849, R. G. Bl. Nr. 12, über das Verfahren in possessorio summariissimo ist durch den Klagebescheid im Wesentlichen entsprochen worden, weil die Parteien aufgefordert wurden, unter Mitbringung aller Zeugen und sonstigen Beweismittel zum summarischen Verfahren an Ort und Stelle zu erscheinen und die in dem §. 11 dieser Verordnung auf das Ausbleiben einer Partei gesetzte Folge mit derjenigen wörtlich gleichlautend ist, welche der §. 18 des Hofdecr. v. 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906, für denselben Fall ausspricht. Es konnte für den Beklagten keinem Zweifel unterliegen, daß mit dem Klagebescheid das durch die kaiserl. Verordn. v. 27. October 1849, Nr. 12 vorgesehene Verfahren in possessorio summariissimo angeordnet wurde, welches auch der Kläger offenbar — mit der auf die Klagschrift gesetzten Bezeichnung: „dringend wegen gestörten Besitzes“ — angestrebt hatte, und nur aus der Citirung des §. 18 des Hofdecr. vom 24. October 1845 statt des gleichlautenden §. 11 der kaiserl. Verordn. vom 27. October 1849 konnte demnach ein Anlaß zur Aufhebung des Klagebescheides und des in contumaciam des Beklagten ergangenen Endbescheides nicht genommen werden.

Nr. 3567.

Unzulässigkeit der Enthebung des Curator absentis auf Grund der bloßen Angabe des Wohnortes des Beklagten.

Entsch. v. 16. Nov. 1869, Nr. 13103 (Best. des das Decr. des B. G. Ausscha v. 13. August 1869, Nr. 5237, abänd. Decr. des O. L. G. Prag vom 9. Sept. 1869, Nr. 30252). Zeitschrift f. d. Notariat 1870, Nr. 42.

Der wegen unbekannten Aufenthaltes eines Beklagten bestellte Curator desselben hat nach einiger Zeit unter Anzeige des Wohnortes des Beklagten die ihm (Curator) zugestellte Klage zurückgelegt und die Enthebung von der Curatel nachgesucht, welches Gesuch von dem O. L. G., gegen die erstgerichtliche Bewilligung desselben, abgewiesen wurde, weil abgesehen davon, daß die darin angeführten Umstände (der angebliche Wohnort des Beklagten) nicht bescheinigt sind und daß der Curator nicht einmal behauptet, daß der Kläger den Aufenthaltsort des Beklagten gekannt habe, der gerichtsordnungswidrige Rückerlag der Klage jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt, da es doch schon im Wesen der Bestellung eines curator absentis liegt, daß er den Aufenthaltsort des abwesenden Beklagten erforsche, durch ihn sich nähere Aufklärung über den Proceß verschaffe und nach §. 391 a. G. O., bis der Beklagte einen anderen Sachwalter bestellt, dessen Rechte zu wahren verpflichtet sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz und bemerkte in den Motiven, daß die Bezeichnung des angeblichen Aufenthaltes des Beklagten den Curator weder nach §. 391 a. G. O. noch nach dem Hofdcr. v. 18. Mai 1790, J. G. S. Nr. 23 zum Rückerlag der Klage und zur Enthebung von der Curatel berechtigt, sondern daß derselbe die mit der rechtskräftig übertragenen Curatel verbundenen Pflichten nach den citirten Vorschriften und dem Zweck der Curatelbestellung bis zum Eintritt des Beklagten selbst in den Proceß zu erfüllen hat.

Nr. 3568.

Unzulässigkeit der Beweisführung über die Höhe des erzielten Geschäftsgewinnes durch Haupt- oder Schätzungseid.

Entsch. v. 17. Nov. 1869, Nr. 8103 (Best. des das Urth. des L. G. Wien v. 11. Dec. 1868, Nr. 64868, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 17. März 1869, Nr. 3730). G. H. 1870, S. 22.

Die Klage des A war auf die von dem Beklagten B widersprochenen Anführungen gegründet, 1. daß B dem A zur Abtragung einer Schuld gegen denselben die Hälfte des Reingewinnes verspro-

chen habe, welchen B als Traiteur aus dem Absatz von Bier, Wein, Branntwein, Brod und Käse in der Geschäftsperiode vom 1. Jänner 1862 bis Ende October 1864 erzielen werde; 2. daß die Hälfte des von B gemachten Reingewinnes mindestens 2000 fl. per Jahr betrug. Ad 1 trug A dem B den rückschiebbaren Haupteid auf; ad 2 deferirte er dem B den unrückschiebbaren Haupteid und erbot sich auch zu dem Schätzungseid. — Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Haupteid ad 1 und auf den Schätzungseid ad 2. Von der zweiten Instanz wurde das Klagebegehren ohne Weiteres verworfen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil des O. L. G. wegen Unzulässigkeit der ad 2 angebotenen Beweismittel. Die Motive enthalten hierüber folgendes: Der in erster Instanz zugelassene Schätzungseid ist zweifellos unstatthaft. Denn zum Beweis des vom Beklagten in der Zeit vom 1. Jänner 1862 bis Ende 1864 aus der Traiteurie wirklich bezogenen Reingewinnes ist der Schätzungseid des Klägers offenbar nicht geeignet; die Abschätzung des Gewinnes aber, den der Beklagte in der bezeichneten Periode habe beziehen können, wäre die Aufgabe eines Sachbefundes und kann nicht Gegenstand eines Parteieneides sein. Auch der über die Höhe des Reingewinnes dem Beklagten irreferibel aufgetragene Haupteid ist unzulässig. Denn der Reinertrag ergibt sich aus einer auf mehrfachen Factoren beruhenden Berechnung; ein solches Berechnungsresultat zum Gegenstand eines Haupteides zu machen, widerstreitet aber um so mehr der Natur dieses Beweismittels, als nicht nur ein solcher Eid auch die eidliche Bekräftigung aller bei der Berechnung veranschlagten factischen Momente in sich schließen müßte, sondern auch diese Veranschlagung selbst, was die Art der Berechnung des Reingewinnes, die Beschaffenheit, den Umfang und die Anordnung der bei der Ermittlung desselben zu berücksichtigenden Momente betrifft, in das Bereich individueller Beurtheilung fiele.

Nr. 3569.

Rechtskraft einer Urtheilsbestimmung, welche einen Schreibfehler enthält?

Entsch. v. 17. Nov. 1869, Nr. 10406 (Best. des Urth. des K. G. Wiener-Neustadt v. 27. Oct. 1868, Nr. 3504, Abänd. des Urth des O. L. G. Wien v. 22. Juli 1869, Nr. 13890). G. H. 1870, S. 37.

Der Kläger A wurde in erster Instanz abgewiesen und in den Ersatz der Proceßkosten des Beklagten B verfällt, deren Betrag in dem Urtheil mit 98 fl., allein in der dem A zugestellten Urtheilsausfertigung durch einen Schreibverstoß mit 48 fl. angesetzt war. Auf die Appellation, welche der Kläger gegen die Abweisung der Klage

und gegen die Auflage des Kostenersatzes, nicht aber gegen die Bestimmung der Höhe der Kosten einlegte, bestätigte das O. L. G. vollständig das erstgerichtliche Urtheil. Erst jetzt, da es sich um die Execution handelte, wurde der oben erwähnte Schreibverstoß entdeckt und dem Kläger eine neue Ausfertigung des erstgerichtlichen Urtheils zugestellt, in welcher der Schreibfehler berichtigt, resp. der Betrag der seinem Gegner zugesprochenen Proceßkosten mit 98 fl. angesetzt war. Der Kläger ergriff nun gegen dieses Urtheil wegen des erhöhten Kostenbetrages die Appellationsbeschwerde, welcher das O. L. G. stattgab, indem es den Betrag der dem Beklagten zu ersetzenden Kosten auf 76 fl. herabminderte. In den Motiven des obergerichtlichen Urtheils wurde die vom Beklagten bestrittene Zulässigkeit der erneuerten Appellation des Klägers damit begründet, daß das erstgerichtliche Urtheil in dem Punkt (des Kostenbetrages), in welchem es dem Kläger nicht gerichtsordnungsmäßig bekannt gegeben worden war, gegen ihn niemals in Rechtskraft treten konnte und seinem Rechtsmittel gegen den wirklichen Ausspruch des Gerichtes weder durch die inzwischen auf seine erste Appellation erfolgte Entscheidung der zweiten Instanz noch überhaupt durch den Verlauf der Zeit nach der Zustellung der unrichtigen Ausfertigung des erstgerichtlichen Urtheils vorgegriffen werden konnte. — Gegen diese Entscheidung ergriff der Beklagte die Revisionsbeschwerde, worin er die Zulässigkeit der zweiten Appellation des Klägers bestritt.

Der oberste Gerichtshof trat in dieser Frage der Ansicht des O. L. G. bei und erkannte über den Betrag der erstgerichtlichen Proceßkosten, in welcher Beziehung er übrigens das Urtheil der ersten Instanz bestätigte.

Nr. 3570.

Zeitliche Wirksamkeit der Gesetze. — Condictio indebiti.

Entsch. v. 17. Nov. 1869, Nr. 10697 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 21. Mai 1868, Nr. 40201, abänd. Urth. des O. L. G. Wien vom 5. August 1869, Nr. 13071). G. Z. 1870, Nr. 4.

Am 26. Juni 1868 waren bei einem Wechsler in Wien 50.000 Gulden Metalliques-Obligationen gekauft worden und hatte der Wechsler die vom 1. Jänner bis 26. Juni 1868 berechneten Interessen zu seinen Gunsten mit einem Betrage von 1186 fl. 75 kr., also nur mit einem Einkommensteuerabzuge von 7 % in Abrechnung gebracht. Der Käufer behauptete später, obige Interessen hätten mit einem 20perc. Steuerabzuge in Anrechnung gebracht werden sollen und brachte auf die Weigerung des Wechslers die Klage auf Zahlung des Differenzbetrages an. — Das Gericht erster Instanz wies den Kläger

ab aus folgenden Gründen: Bei der Uebereinstimmung der Streittheile über die der vorliegenden Streitsache zu Grunde liegenden Thatsachen ist lediglich zu erörtern, ob der Geklagte die Zinsenvergütung für den den gekauften Obligationen anhangenden Coupon mit Rücksicht auf den 7perc. oder den 20perc. Einkommensteuerabzug, da ein ausdrückliches Uebereinkommen hierüber nicht vorlag, hätte berechnen sollen, und ob er, wenn er den Einkommensteuerabzug am 26. Juni 1868 mit 7% berechnete, dies unrechtmäßigerweise gethan hat. Das Finanzgesetz vom 20. Juni 1868, Nr. 66 R. G. Bl. verfügte den Eintritt des 20perc. Einkommensteuerabzuges vom 1. Juli 1868 an, es ordnete somit an, daß dieser Abzug erst mit diesem Tage in Wirksamkeit trete. Nach dem allgemeinen, auch im österreichischen Privatrechte (§. 5 a. b. G. B.) geltenden Grundsatze, daß Gesetze nicht zurückwirken, konnte daher dieser 20perc. Steuerabzug bei Verkäufen, die vor dem 1. Juli 1868 abgeschlossen wurden, nicht gemacht werden. Wenn jemand eine Obligation, bei der am 1. Juli 1868 der 20perc. Couponssteuerabzug eintreten sollte, vor dem 1. Juli 1868 verkauft hatte, so waren ihm von dem Käufer die bis zu diesem Tage laufenden Zinsen zu vergüten, die Zinsen waren für den Käufer an diesem Tage fällig und es mußte daher, da vor dem 1. Juli 1868 noch kein 20perc. Steuerabzug bestand, bei Vergütung der Zinsen blos ein 7% Abzug gerechnet werden. Der Kläger hätte ja die gekauften Obligationen auch noch vor dem 1. Juli 1868 weiter veräußern können, wo ihm dann ebenfalls nur ein 7perc. Steuerabzug an den Coupons zur Last gerechnet werden konnte. Wenn er dies nicht that, so trifft ihn der Zufall, daß an seinem Eigenthum nunmehr vom 1. Juli 1868 an ein höherer Steuerabzug von Staatswegen vorgenommen wird, keineswegs ist er aber berechtigt, diese Steuer von seinem Vormanne zurückzuforderu. Die vergüteten Zinsen gebührten dem Geklagten nicht als eine Rückvergütung für die vom Kläger als Käufer bei der Realisirung der Coupons mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Kaufes zu viel erhaltenen Zinsen, sondern ipso jure, weil er die Obligationen vom 1. Jänner 1868, bis 26. Juni 1868, somit zu einer Zeit, wo das Gesetz vom 20. Juni 1868, Nr. 66 noch nicht in Wirksamkeit war, in Händen hatte. Wäre die Ansicht des Klägers richtig, so könnten Besitzer von Obligationen, welche dieselben nach dem 1. Jänner 1868, aber lange vor dem 20. Juni 1868 zu einer Zeit gekauft hatten, wo es gar nicht bekannt war, daß mit 1. Juli 1868 ein 20perc. Steuerabzug eintreten würde, von den Verkäufern die entsprechende Rückvergütung der zu viel indebite bezahlten Zinsen fordern, was offenbar in der Intention des Gesetzes vom 20. Juni 1868 nicht gelegen ist. Es hat deßhalb auch die Verordnung der k. k. Börsekammer vom 26. Juni 1868 ganz richtig bestimmt, daß erst vom 1. Juli 1868 an im Börsenverkehr mit verzinslichen, zur Convertirung bestimmten Staatspapieren bei der Zin-

senberechnung der 20perc. Steuerabzug zu berechnen sei und erst mit 1. Juli 1868 die Verordnung der k. k. Börsekammer vom 27. December 1862, wonach die Zinsen derselben nur unter Abzug einer 7perc. Einkommensteuer zu berechnen sind, außer Wirksamkeit trete. Der Geklagte hat daher nur von seinem Rechte Gebrauch gemacht, wenn er am 26. Juni 1868 dem Kläger die Zinsenvergütung nur mit Rücksicht auf eine 7perc. Couponssteuer berechnete, und es kann daher von einer Condictio indebiti seitens des Klägers keine Rede sein (§. 1305 a. b. G. B.). Es mußte daher das Klagebegehren abgewiesen und Kläger als sachfällig in den Ersatz der Gerichtskosten verurtheilt werden. (§. 398 a. G. O.)

Der oberste Gerichtshof bestätige das dem Klagebegehren stattgebende Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Es ist von beiden Streittheilen zugestanden, daß beim Verkaufe der Metalliques-Obligationen im Nominalbetrage von 50.000 fl. von Seite des geklagten Wechslers an den Kläger die vom 1. Jänner 1868 bis zum 26. Juni 1868 als dem Verkaufstage berechneten Interessen zu Gunsten des Verkäufers mit einem Betrage von 1186 fl. 75 kr., also nur mit einem Einkommensteuerabzuge von 7% in Anrechnung gebracht wurden, daß aber der Kläger bei der Realisirung der von den gekauften Obligationen am 1. Juli 1868 fälligen Coupons nur einen Betrag von 1080 fl. ö. W. erhielt, weil bei dieser Realisirung der Steuerabzug nicht mit 7%, sondern nach dem Gesetze vom 20. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 66, mit 20% gemacht wurde, sowie daß die vom 1. Jänner bis 26. Juni 1868 laufenden Interessen mit einem Steuerabzuge von 20% nur 1026 fl. 67 kr. betragen würden. Streitig ist nur, ob der Verkäufer berechtigt war, von den vom 1. Jänner bis 26. Juni 1868 zu seinen Gunsten zu berechnenden Interessen nur den früher bestandenen Steuerabzug von 7% zu machen, oder ob wegen der Wirksamkeit des Gesetzes vom 20. Juni 1868 bereits ein Steuerabzug von 20% zu machen war, in welchem letzteren Falle dem Käufer um 160 fl. 8 kr. weniger in Abrechnung zu bringen waren. Nach §. 5 des am 23. Juni 1868 kundgemachten und mit diesem Tage wirksamen Gesetzes vom 20. Juni 1868, R. G. Bl. Nr. 66, waren die vom Tage der Wirksamkeit dieses Gesetzes von den zur Convertirung bestimmten Staatsschulden, also auch von den Metalliquesobligationen fällig werdenden Zinsen bis zur Durchführung der Convertirung in jenem Betrage, welcher von dem Betrage des neuen Schuldtitels nach Abzug einer 16perc. Steuer entfällt, also nach diesem Maßstabe mit einem Steuerabzuge von 20% auszubezahlen. Diese Bestimmung war am 26. Juni 1868, als dem Tage des Verkaufes der eben erwähnten Metalliquesobligationen, bereits wirksam, also sowohl für den Verkäufer als den Käufer maßgebend, da von dieser Bestimmung die am 1. Juli 1868 fällig gewordenen Coupons sowohl rücksichtlich der in Coupons für die Zeit

vom 1. Jänner bis 26. Juni 1868 enthaltenen, dem Verkäufer gebührenden, als den weiteren bis 1. Juli 1868 dem Käufer zukommenden Zinsen betroffen wurden, die Juli-Coupons mit Rücksicht darauf, daß sie bei der Staatscasse nur mit 1080 fl. realisirt werden konnten, also auch für den Verkehr, daher auch bei dem Verkaufe der Obligationen nur einen Werth von 1080 fl. hatten, und sonach dem Verkäufer nur der für die Zeit vom 1. Jänner bis 26. Juni 1868 entfallende Antheil zukam. Bei der Wirksamkeit dieser gesetzlichen Anordnung auf den Juli-Coupon kann sich der Geklagte nicht darauf berufen, daß, weil vom Staate erst von dem am 1. Juli fälligen Coupon die höhere Steuer verlangt wurde, bei dem Verkaufe der Obligationen auf den noch nicht vergüteten höheren Steuerabzug keine Rücksicht zu nehmen war, und daß aus dem gleichen Grunde nur der Kläger von der durch diese Steuererhöhung eingetretenen Werthveränderung des Coupons betroffen wurde, weil nur er am 1. Juli 1868, mit welchem Tage die Steuererhöhung eintrat, im Besitze der Metalliquesobligationen sammt Coupons war, indem dadurch, daß bereits der am 1. Juli 1868 fällige Coupon von der Steuererhöhung betroffen war, diese Erhöhung auf alle mit diesem Coupon zu erhebenden Zinsen, also auch auf jene für die Zeit vom 1. Jänner bis 26. Juni 1868 wirksam, und diese Wirksamkeit der Steuererhöhung auch bei dem Verkaufe der Obligationen sammt Coupons, von den beim Verkaufe betheiligten Parteien zu berücksichtigen war. Auch auf die Kundmachung der Börsekammer vom 26. Juni 1868 kann sich der Geklagte zur Unterstützung seiner Behauptung, daß er bei der Zinsenberechnung einen Steuerabzug von nur 7% zu machen berechtigt war, nicht berufen. Denn wenn auch zugegeben wird, daß diese Kundmachung nicht nur für den Verkehr auf der Börse zur Richtschnur zu dienen hatte, sondern wegen des Zusammenhanges der Börse mit den auch außer der Börse vorgenommenen Geschäften mit Börseeffecten auch auf den Verkehr mit diesen Effecten außer der Börse einen erheblichen Einfluß übt, so ist doch diese Kundmachung erst in der Wiener Zeitung vom 27. Juni 1868 eingeschaltet und nicht nachgewiesen, daß diese Anordnung der Börsekammer bereits bei dem Geschäfte vom 26. Juni 1868 von beiden Theilen als maßgebend angenommen wurde, insbesondere steht aber der Berufung des Geklagten auf diese Kundmachung der Börsekammer die Erwägung entgegen, daß durch diese Kundmachung nur der künftige Geschäftsverkehr vom 1. Juli 1868 angefangen in Betreff der zur Convertirung bestimmten Staatspapiere und der hievon zu berechnenden Zinsen geregelt wird, daß aber hieraus nicht zu entnehmen ist, daß diese Regelung für die Zukunft auch auf Geschäfte, welche bereits unter der Wirksamkeit des Gesetzes vom 20. Juni 1868 vor sich gingen, in einer Weise wirken soll, daß nach derselben der Werth der Juli-Coupons, womit die vom 1. Jänner 1868 laufenden und vom 1. Juli 1868 bei der Staatscasse zu

erhebenden Interessen behoben werden, bei der Anrechnung dieses Werthes bei in dem Zeitraume vom 26. Juni bis 1. Juli 1868 vor sich gehenden Geschäften sich nicht nach dem aus der Staatscasse behobenen Betrage richten soll. Da nun auch keineswegs nachgewiesen werden kann, daß bei dem Verkaufe der Obligationen im Einverständnisse beider Theile der Curspreis derselben eben wegen des nur mit 7% von den Zinsen erfolgten Steuerabzuges in einem für den Geklagten diesem geringeren Abzuge entsprechenden günstigeren Maße angerechnet wurde, so muß als rechtlich begründet angenommen werden, daß der geklagte Wechsler bei dem Verkaufe der Obligationen seinen Zinsenantheil nur mit 1026 fl. 67 kr. anrechnen konnte, und daß daher der Kläger für die mit den erkauften Obligationen mit erlangten Coupons vom 1. Juli 1868 um einen Betrag von 160 fl. 8 kr. zu viel gezahlt hat. Wenn aber weiters berücksichtiget wird, daß in dem Schlußzettel das Maß des gemachten Steuerabzuges gar nicht ersichtlich ist, und daß der Ankauf der Obligationen am 26. Juni 1868, also nur drei Tage nach der Wirksamkeit des Gesetzes vom 20. Juni 1868 erfolgte, so kann auch zweifellos angenommen werden, daß, sowie der Geklagte sich für berechtigt hielt, den Steuerabzug nur mit 7% zu machen, auch der Kläger nur in dem thatsächlichen Irrthum, daß der Steuerabzug nach dem Gesetze vom 20. Juni 1868 gemacht wurde, oder in dem Rechtsirrthume, daß noch der frühere Steuerabzug von 7% maßgebend sei, sich zu diesem geringeren Steuerabzuge verstanden habe, und der Kläger ist nach §. 1431 a. b. G. B. berechtigt, die besagten 160 fl. 8 kr., als indebite gezahlt, zurückzufordern.

Nr. 3571.

Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung gegen das Versäumniß der Frist zur Erhebung der Erbrechtsklage, sowie gegen das Ausbleiben von der beendeten Verlassenschaftsabhandlung.

Entsch. v. 17. Nov. 1869, Nr. 12840 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Marburg v. 8. Juli 1869, Nr. 8586 und des O. L. G. Graz v. 7. Sept. 1869, Nr. 11101). G. Z. 1870, Nr. 68.

A, gesetzlicher Erbe des M, versäumte die vom Gericht nach §. 126 des Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208 ihm gesetzte Frist von 30 Tagen zur Anstellung der Erbrechtsklage gegen die Testamentserben; nach Ablauf dieses Termins wurde die Abhandlungspflege fortgesetzt, respective hiezu eine Tagfahrt abgehalten, bei welcher A, wiewohl vorgeladen, nicht erschien und sodann die Verlassenschaft ohne Berücksichtigung des dem A auch zustehenden Pflichttheilsanspruchs, den Testamentserben eingeantwortet. Nun begehrte A, indem

er zur Rechtfertigung seines Ausbleibens ein ärztliches Zeugniß vorlegte, wornach er in der Zeit der Abhandlungspflege krank gewesen wäre, die Wiederaufnahme der Abhandlung und Anordnung einer neuen Tagfahrt, mit welchem Gesuch er in allen drei Instanzen, von dem obersten Gerichtshof unter Hinweisung auf die bereits erfolgte Erbseinantwortung und auf die Bestimmung des §. 823 a. b. G. B. abgewiesen wurde.

Nr. 3572.

Meistgebotsvertheilung: Unterlassene Auszeichnung der Verzinslichkeit der öffentlichen Schuld im öffentlichen Buch.

Entsch. v. 17. Nov. 1869, Nr. 12926 (Best. der gleichförmigen Decr. des K. G. Iglau v. 18. Juni 1869, Nr. 3803 und des O. L. G. Brünn vom 21. Sept. 1869, Nr. 11329). G. Z. 1870, Nr. 69.

Auf der executiv veräußerten Realität Nr. 75 in X haftete seit 1838 für A eine Caution von 4000 fl.; von dieser wurden 1000 fl. laut Quittung vom 24. August 1854 gelöscht und der Rest per 3000 fl. mit Cession vom 28. September 1854 an B cedirt; eine Zinsenverbindlichkeit erscheint jedoch im Grundbuche nicht. In der von den Schuldnern C und D agnoscirten obigen Cession erklärte A, daß er diesen Betrag von 3000 fl. mit den laufenden Interessen an B übertrage, und verpflichteten sich auch darin die Schuldner zu einer fünfpercentigen Verzinsung. Auf Grund dieser Cession erfolgte sohin die grundbücherliche Uebertragung der gedachten Forderung an B, ohne daß jedoch in dem Einverleibungsgesuch oder in dem darüber erflossenen Bescheide der Zinsen Erwähnung geschah. Bei der Kaufschillingsvertheilung am 9. Juni 1869 meldete B das Capital pr. 3000 fl. und die fünfpercentigen Zinsen seit 1. Mai 1866 an, und wurde diese Forderung von den Hypothekarschuldnern auch als liquid anerkannt. Auf den Protest des Erstehers sowie des nachfolgenden Hypothekargläubigers haben die beiden unteren Instanzen die angesprochenen Zinsen nicht liquidirt, weil für dieselben ein Pfandrecht nicht bestellt wurde und im Grundbuche nicht ausgezeichnet erscheint.

Dem dagegen von B ergriffenen a. o. Revisionsrecurse hat der oberste Gerichtshof keine Folge gegeben, weil in den beiden untergerichtlichen Erledigungen eine offenbare Ungerechtigkeit oder Nichtigkeit umsoweniger gefunden werden kann, als hier ursprünglich ein unverzinsliches Cautionscapital einverleibt wurde, und die nachfolgenden Gläubiger aus dem Grundbuche keine Veranlassung nehmen konnten, in die in der Urkundensammlung liegende Cession vom 28. September 1854 Einsicht zu nehmen.

Nr. 3573.

Abgrenzung des summarischen Verfahrens vom ordentlichen. Berechnung der Streitsumme bei Einklagung eines in allen Ansätzen bestrittenen Rechnungssaldo.

Entsch. v. 17. Nov. 1869, Nr. 13060 (Best. des das Urth. des H. G. Wien v. 31. August 1869, Nr. 80243, aufheb. Decr. des O. L. G. Wien vom 30. Sept. 1869, Nr. 19860). G. H. 1870, S. 19.

In der summarisch verhandelten Rechtssache des A gegen B wegen Zahlung eines Rechnungssaldo von 66 Thalern hat das O. L. G. auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten „in Erwägung, daß nicht der Rest einer als Ganzes sich darstellenden Forderung eingeklagt wurde, mithin es sich nicht um die Liquidirung einer Forderung handelt, welche auf dem Weg des summarischen Verfahrens selbst dann erfolgen könnte, wenn die ganze Forderung den Betrag von 210 fl. übersteigen würde, daß vielmehr auf den Widerspruch des Beklagten die Richtigkeit jeder einzelnen Post im Soll des vom Kläger producirten Conto festzustellen sein wird, von diesen Posten aber mehrere den Betrag von je 210 fl. übersteigen; daß auf eine solche Klage nach dem Sinn der §§. 1, 3 und 4 des Just.-Hofdcr. vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906 das Summarverfahren nicht eingeleitet werden durfte", — nach §. 46 ebendort das Urtheil nebst der gepflogenen Verhandlung aufgehoben und der ersten Instanz aufgetragen, dem Beklagten zu bedeuten, daß er auf die ihm zugestellte Klage binnen 30 Tagen die schriftliche Einrede zu erstatten habe.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Verordnung der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf obige Begründung und in Anbetracht, daß die Richtigkeit des eingeklagten Saldo eben nur von der Richtigkeit der sämmtlichen Posten im Soll und Haben des Klageconto abhängt, im Fall der Bestreitung sich daher die Verhandlung und Entscheidung über alle einzelnen bestrittenen Verbuchungen verbreiten müßte, mithin allerdings die Voraussetzung vorhanden ist, unter welcher der §. 4 des citirten Gesetzes vom 24. October 1845, Nr. 906 die Anwendung des summarischen Verfahrens ausschließt.

Nr. 3574.

Auslegung der vertragsmäßigen Bestimmung eines Zahlungstermines: eigentliche oder uneigentliche Bedingung?

Entsch. v. 18. Nov. 1869, Nr. 7093 (Best. des das Urth. des B. G. Hohenmauth v. 13. Juli 1868, Nr. 4622, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 7. Dec. 1868, Nr. 25745). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 15.

Auf der von C im J. 1846 seiner Ehefrau B verkauften Liegenschaft blieb der Kaufschillingsrest von 179 fl. zur Disposition des C

unverzinslich liegen, mit der Verpflichtung der B, ihm diese Summe in kleinen Beträgen auszuzahlen, wenn er im Falle seiner Erkrankung oder in vorgerücktem Alter irgend einer Unterstützung benöthigt sein sollte. A erstand diese Forderung im Executionsweg und belangte im Jahre 1868 die B auf die Zahlung. — Seinem in erster Instanz abgewiesenen Begehren wurde in zweiter Instanz stattgegeben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das letztere Urtheil aus folgenden Gründen: Dadurch, daß C in dem erwähnten Vertrag die 179 fl. zu seiner Disposition sich vorbehielt und seine Frau verpflichtete, diese Summe in kleinen Beträgen zu zahlen, wenn er. . . . benöthigt sein sollte, ist die Zahlung dieser 179 fl. nicht (wie die Beklagte einwendete) an eine Bedingung geknüpft worden, deren Eintritt zu beweisen, dem Berechtigten obliegen würde: der Schwerpunkt der Verabredung fällt vielmehr in den Vorbehalt der eigenen Disposition und in der weiteren Bestimmung kann nur der Beweggrund und Endzweck erkannt werden, der den C dabei geleitet hat (§. 901 a. b. G. B.). — Wollte man aber auch aus der festgesetzten Verpflichtung zur Auszahlung bei vorgerücktem Alter des C folgern, daß damit der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung bestimmt sein sollte, so müßte nach richterlichem Ermessen dieser Zeitpunkt als eingetreten angenommen werden, da seit Errichtung des Vertrages 22 Jahre verstrichen sind, mithin C jedenfalls ein Alter erreicht haben muß, welches man als ein vorgerücktes ansehen kann.

Nr. 3575.

Rechtliche Natur des gesetzlichen Erbrechtes des Ehegatten: Behandlung des Haupteides bei einer Klage gegen eine Verlassenschaft, welche vermöge der gesetzlichen Erbfolge unmündigen Kindern und der Witwe zufällt.

Entsch. v. 18. Nov. 1869, Nr. 8476 (Best. des Urth. des B. G. Stanislau v. 24. August 1868, Nr. 6571, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 9. Februar 1869, Nr. 2809). G. Z. 1871, Nr. 100.

A belangte die B als gesetzliche Fruchtgenußerbin von $^1/_6$ der Verlassenschaft ihres ohne Testament verstorbenen Ehemannes M und als Vormünderin der fünf Kinder und gesetzlichen Erben des M auf Zurückzahlung des vom Kläger dem M gegebenen Darlehens von 62 fl., unter Delation des Haupteides über die von der Beklagten abgeleugnete Hingabe desselben. — Das Gericht erster Instanz hat die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen: Da die Verlassenschaft des M seinen fünf Kindern mit Vorbehalt des Fruchtgenusses der B an $^1/_6$ eingeantwortet wurde, mithin die B laut §§. 532, 535 und 757

a. b. G. B. kein Erbe des M ist, so kann sie zur Zahlung seiner Schulden, wozu nur dessen Erben nach §§. 820 und 821 ebendort verpflichtet sind, nicht angehalten werden. Was aber die wirklichen Erben, nämlich die fünf Kinder des M anbetrifft, so ist die Delation des Haupteides (über die Darlehenshingabe) an dieselben unzulässig, weil sie zur Zeit, in welcher der Kläger dem M das Geld geborgt zu haben anführt, noch unmündig waren. — Das O. L. G. hingegen erkannte auf den von der B zu leistenden Haupteid und verurtheilte die Beklagten zur Zahlung der 62 fl. zu gleichen Theilen, wenn die B den Haupteid nicht ablegt, respective der Kläger den zurückgeschobenen Eid schwört. Gründe: Die von der B vertretenen Kinder des M sind nach Hofdcr. vom 31. August 1798, J. G. S. Nr. 430 allerdings eidunfähig. Allein die eidfähige B wurde auch im eigenen Namen belangt und ist vermöge des ihr gebührenden Fruchtgenusses von $^1/_6$ der Verlassenschaft keineswegs, wie der erste Richter behauptet, als Legatarin, sondern auch als Erbin des M zu betrachten, weil M ohne letzten Willen gestorben ist, daher nach §. 647 a. b. G. B. von einem Legat der B keine Rede sein kann und vielmehr die gesetzliche Erbfolge eintrat, welche nach §. 757 ebendort die Witwe des Erblassers ausdrücklich zum Erbrecht beruft, welches mit Rücksicht darauf, daß ihr der Fruchtgenuß von einem aliquoten Theil des Nachlasses gebührt, nicht den Charakter eines Vermächtnisses haben kann. Als Erbin ihres Gatten ist aber die B nach §. 821 a. b. G. B. zur Zahlung der Schulden desselben allerdings verpflichtet, weshalb ihr der Haupteid vom Kläger mit Recht aufgetragen wurde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das erstgerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3576.

Gegenstand und Umfang des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers. Auslegung des im §. 1101 a. b. G. B. gebrauchten Ausdruckes „anvertraut“.

Entsch. v. 18. Nov. 1869, Nr. 8536 (Best. des Urth. des B. G. Salzburg v. 31. Mai 1869, Nr. 4025, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien v. 24. Juni 1869, Nr. 11829). G. Z. 1870, Nr. 69.

Die A klagte den B auf Anerkennung ihres Eigenthumsrechtes an Einrichtungsstücken, welche sich in der von B ihrem Ehegatten C vermietheten, von beiden Eheleuten benutzten Wohnung befanden und von B vermöge des gesetzlichen Pfandrechtes (§. 1101 a. b. G. B.) für die Miethzinsschuld des C in Execution gezogen worden waren. Um ihren Eigenthumsanspruch zu begründen, deferirte die Klägerin dem B den Haupteid darüber, daß sie diese Effecten theils von ihrem Vater als Ausstattung erhalten, theils mit dem vom Vater erhaltenen Gelde angeschafft habe. — In erster Instanz wurde die A unbedingt

abgewiesen aus folgenden Gründen: Die vindicirten Fahrnisse befanden sich in der Wohnung des C, welcher Miether derselben war und mit dem seine Gattin A die Wohnung theilte, wie es ihr nach dem Gesetze oblag. Wenn nun auch diese Fahrnisse ein Eigenthum der A waren, so waren sie als die einzigen und zugleich nothwendigen Einrichtungsstücke dieser Wohnung in der Mitbenützung des C, waren also nicht blos in die Wohnung eingebracht (§. 1101 a. b. G. B.), sondern müssen auch als dem C anvertraut angesehen werden; wenn auch nicht als anvertraut im Sinne eines eigentlichen Verwahrungsvertrages gemäß §. 957 a. b. G. B., so doch gewiß in jenem weiteren Sinne, welchen das Wort „anvertraut“ im §. 1101 durch die Berufung des §. 367 erhält. In dieser Gesetzesstelle ist nämlich ganz deutlich gesagt, daß das Anvertrauen nicht blos zur Verwahrung, sondern auch in anderer Absicht, insbesondere auch zum Gebrauche stattfinden kann. Nun sind die fraglichen Fahrnisse als Ausstattung der A bezeichnet, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß sie in jenem weiteren Sinne, in welchem das Wort nach §. 367 zu verstehen ist, dem C anvertraut sind, und zwar umsomehr, als nach dem Sprachgebrauche das Wort „Ausstattung“ als gleichbedeutend mit dem juristischen Begriffe „Heiratsgut“ genommen werden muß und daher nach §. 1228 a. b. G. B. der Mann sogar als Nutznießer derselben erscheint. Ist dies aber der Fall, so ist das Pfandrecht des Vermiethers schon durch die Einbringung in die gemiethete Wohnung begründet und die Geltendmachung desselben durch die Execution gestattet. — Das O. L. G. erkannte auf den obenerwähnten Haupteid, aus nachstehenden Gründen: Daraus allein, daß die Klägerin, welche nach §. 92 a. b. G. B. verpflichtet ist, ihrem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, welche auch weder gemeinschaftlich mit diesem die Wohnung im Hause des Geklagten gemiethet hat, noch als Aftermietherin angesehen werden kann, die ihr eigenthümlich gehörigen Fahrnisse in die Wohnung ihres Gatten gebracht und sie dort gemeinschaftlich mit ihm benützt hat, kann noch nicht gefolgert werden, daß sie ihm diese Fahrnisse im Sinne des §. 367 a. b. G. B. anvertraut habe, wenn nicht anderweitige Thatsachen vorliegen, aus denen dies unzweifelhaft hervorgeht. Solche Thatsachen anzuführen, wäre Sache des Geklagten gewesen, um sich gegen die Eigenthumsklage zu schützen; da er dies aber unterließ, so liegen bezüglich der von der Klägerin als ihr Eigenthum in Anspruch genommenen Fahrnisse, vorausgesetzt, daß sie ihr Eigenthumsrecht nachweiset, die Bedingungen nicht vor, unter denen der Vermiether das gesetzliche Pfandrecht erwirbt. Der von der Klägerin angebotene Haupteid enthält sowohl den Rechtstitel, als auch die Erwerbungsart, aus welchen das Eigenthum der Klägerin abgeleitet wird, weshalb auch darauf abgegangen werden mußte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit Bezugnahme auf die Gründe derselben.

Nr. 3577.

Versprechen einer Geldsumme für die gesetzlich zulässige Entschlagung von der strafprocessualischen Aussage: Vertrag contra bonos mores?

Entsch. v. 18. Nov. 1869, Nr. 12537 (Best. des Urth. des K. G. Przemysl v. 30. Oct. 1867, Nr. 7356, Abänd. des Urth. des O. L. G. Lemberg v. 9. Februar 1869, Nr. 1154). G. Z. 1870, Nr. 8.

Die A belangte ihre Schwester B auf Zahlung von 6000 fl., welche ihr die B für den Fall versprochen habe, wenn sie in der wider C, den Vater der A und der B, wegen betrügerischer Crida anhängigen Untersuchung von der Rechtswohlthat des §. 113 der St. P. O. vom Jahre 1853 Gebrauch machen und sich der Aussage entschlagen würde. Zum Beweis dieses Versprechens und ihrer Entschlagung von der Aussage deferirte die A der B den Haupteid. Die Geklagte wendete ein, daß dieses Versprechen unerlaubt war, daher keinen giltigen Vertrag bewirken konnte (§. 878 a. b. G. B.), und davon abgesehen, eine blos mündliche, daher nicht klagbare Schenkung enthielt, indem die Klägerin sich zu keiner Gegenleistung verpflichtete (§. 943 a. b. G. B.). — Die erste Instanz wies die Klägerin ab, aus folgenden Gründen: Die Unterlassung, welche die Klägerin nach ihrer Anschauung zur Einforderung der hiefür versprochenen Summe berechtigen soll, ist angesichts der Strafgesetze ganz indifferent, weil dem Strafrichter überhaupt nicht zukommt, den Gründen nachzuforschen, welche eine im §. 113 der St. P. O. genannte Person bestimmten, von dem darin eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen. Anders aber gestaltet sich die Stellung des Civilrichters, welcher beim Vorliegen eines Vertrages prüfen muß, ob dieser Vertrag auch giltig sei, sowohl mit Beziehung auf die persönlichen Eigenschaften der Compaciscenten, wie auch bezüglich des Gegenstandes selbst. Nach §. 878 a. b. G. B. ist ein Vertrag ungiltig, dessen Gegenstand eine unmögliche oder unerlaubte Handlung ist, und es erwächst nach der weiteren Anordnung des §. 1174 a. b. G. B. kein Klagerecht aus dem Versprechen für eine unmögliche oder unerlaubte Handlung. Im Allgemeinen ist aber eine Handlung unerlaubt, welche einem positiven Gesetze, der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, endlich den guten Sitten widerstreitet (§. 26 a. b. G. B.). Im gegebenen Falle war die zugesicherte und nach den Anführungen der Klägerin auch vollzogene Entschlagung von der Zeugenschaft in ihren Wirkungen darauf berechnet, die Anwendung des Strafgesetzes zu nichte zu machen und eine That straflos ausgehen zu lassen, welche sonst der strafgerichtlichen Ahndung anheimfallen konnte. Der letzte Zweck war daher ein solcher, welcher sich mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht verträgt, insbesondere wenn man daran festhält, daß einem jeden Staatsbürger die Pflicht obliegt, die Behörden bei Ver-

folgung strafbarer Handlungen zu unterstützen, nicht aber denselben absichtlich entgegenzuwirken. Die Absicht des Gesetzes, welches den Bestimmungen über die Entschlagung zu Grunde liegt, ging offenbar nur dahin, der natürlichen Collision der Pflichten auszuweichen, keineswegs aber dieselbe zum Mittel für eigennützige, der öffentlichen Sicherheit abträgliche Zwecke zu machen; und deshalb liegt es im Geiste des Gesetzes, daß eine Entschlagung als streng sittlich und erlaubt nur dann gelten kann, wenn sie als Ausfluß einer freien Willensbestimmung dasteht. Liegt ihr aber eine gewinnsüchtige Absicht zu Grunde, werden die Kindespflichten nur darum geübt, weil Aussicht ist, daß sie mit Geld vergolten werden, dann verstoßt so eine Handlung offenbar gegen die guten Sitten und gestaltet sich zu einer unerlaubten. Dessen war sowohl die Geklagte als die Klägerin sich wohl bewußt; erstere, weil sie bei der Klägerin eine feindselige Stimmung gegen ihren Vater vermuthete und sie durch ein Anerbieten umzustimmen gedachte, letztere dagegen, weil sie laut ihrer eigenen Angaben nur um den ihr angebotenen Preis einer so namhaften Summe ihrer feindseligen Stimmung Schweigen auferlegte. Nach den Angaben der Klägerin blieb es beim bloßen Versprechen, und weil solches für eine, nach obiger Erörterung unerlaubte Handlung gegeben wurde, so erscheint die Klage nach §§. 1174 und 943 des a. b. G. B. gesetzlich ungegründet. — Das O. L. G. verurtheilte die Geklagte zur Zahlung der 6000 fl. für den Fall des von der Klägerin mit dem Haupteid erbrachten Beweises des Klagegrundes, und zwar aus folgenden Erwägungen: Der Klagegrund im vorliegenden Rechtsstreite ist ein entgeltlicher Vertrag (§§. 861, 919, 921 a. b. G. B.), dessen Erfüllung begehrt wird. Die Gegenleistung, welche diesem Vertrage zufolge von der Klägerin begehrt wurde, kann weder als unerlaubt, noch als unmoralisch gehalten werden, weil dieselbe im §. 113 der St. P. O. gesetzlich gestattet ist, daher der diesfällige Vertrag als rechtswirksam angesehen werden muß.

Vom obersten Gerichtshofe wurde das erstrichterliche Urtheil bestätigt aus folgenden Gründen: Sowohl die Klägerin als auch die Geklagte sind Töchter des in die strafgerichtliche Untersuchung verfallenen A; beiden stand demnach zufolge §. 113 St. P. O. das Recht zu, sich ihrer Aussage zu entschlagen und Enthüllungen in Bezug auf ihren Vater zu unterdrücken. War aber die Klägerin ungeachtet dieser ihr zugestandenen gesetzlichen Wohlthat entschlossen, mit der Zeugenschaft gegen ihren Vater aufzutreten, und war nur die ihr von der Geklagten gegebene Zusicherung der Zahlung von 6000 fl. die Ursache, aus welcher sie sich der Zeugenschaft entschlagen hat, so war auch dieser Vertrag im Sinne des §. 878 a. b. G. B. ein ungiltiger, weil sie dadurch, daß sie nur gegen dieses zugesicherte Geschenk sich der Zeugenschaft entschlug, eine Handlung beging, welche die Anwendung des Strafgesetzes zu vereiteln geeignet war. Es war daher der

Gegenstand des Vertrages ein unerlaubter, ein die öffentliche Sicherheit gefährdender, ja es artete dieser Vertrag in ein absichtliches Unterlassen aus, wobei nicht die gesetzlich zugestandene Wohlthat nach §. 113 St. P. O., sondern das Streben nach Gewinn die Grundursache war. Da übrigens in keinem Falle sich die Entschlagung von der Zeugenschaft als eine contractliche Gegenleistung ansehen läßt, so erscheint der Vertrag als ein solcher, dem nicht nur der §. 1174, sondern auch der §. 943 a. b. G. B. das Klagerecht versagt, da hier blos eine mündliche Schenkung vorliegen würde, die nach dem letzterwähnten Paragraph ohne rechtliche Wirkung ist.

Nr. 3578.

Anstellung der Bereicherungsklage nach Abweisung der Wechselklage: Unzulässigkeit der exceptio rei judicatae.

Entsch. v. 23. Nov. 1869, Nr. 7316 (Abänd. der gleichförmigen Urth. des B. G. Welwarn v. 10. August 1868, Nr. 1668 und des O. L. G. Prag v. 9. März 1869, Nr. 3629). Zeitschr. für das Notariat 1870, Nr. 11. G. Z. 1870, Nr. 7.

Nachdem A mit seiner wechselrechtlichen Klage gegen den Acceptanten B pcto. Zahlung von 1000 fl. aus dem Grunde der Minderjährigkeit des Letzteren zur Zeit der Acceptation des Wechsels abgewiesen worden war, belangte er ihn neuerdings aus demselben Wechsel mit der Bereicherungsklage, worin er seine Forderung von 1000 fl. auf ein dem B zur Zeit, als dieser, obschon minderjährig, eine selbstständige Wirthschaft führte, gegebenes Darlehen gründete, durch dessen Vorenthaltung B, bei Nichtzahlung des inzwischen durch Verjährung des Wechselrechtes präjudicirten Wechsels, mit dem Schaden des Klägers sich bereichern würde. — B vertheidigte sich mit der exceptio rei judicatae, welche von beiden Untergerichten zugelassen, vom obersten Gerichtshof aber aus folgenden Gründen zurückgewiesen wurde: Die erste Klage des A gründete sich auf die von Seite des B erfolgte Annahme eines Wechsels, mithin auf Art. 23 und 81 der W. O., und war das Begehren auf Zahlung der Wechselvaluta gerichtet, — wogegen A in der neuen Klage anführt, daß er dem B die im Wechsel ausgedrückte Summe baar zugezählt und dargeliehen und B durch Nichtzahlung derselben auf seine Kosten sich bereichern würde, und nach der Anbietung von Beweisen über die Thatsache des Darlehens das Erkenntniß begehrt, daß B als Acceptant des präjudicirten Wechsels schuldig sei, diesen vom Kläger dargeliehenen Betrag zu zahlen. Beide Klagen beruhen demnach auf wesentlich verschiedenen Rechtsgründen: die erste auf dem wechselrechtlichen Titel der Annahme des Wechsels — die zweite auf dem gemeinrechtlichen des Darlehens und

der Bereicherung, und sind auch in dem Schlußbegehren verschieden, indem die Schlußbitte der ersten Klage auf Zahlung der Wechselsumme, der zweiten auf Zahlung eines dargeliehenen Betrages gerichtet ist und, wenn in der letzteren die Zahlung vom Beklagten als Acceptant des präjudicirten Wechsels verlangt wird, diese Bezeichnung desselben keine andere Bedeutung haben kann, als ersichtlich zu machen, daß die eingeklagte Darlehenssumme die nämliche ist, für welche der von B acceptirte Wechsel ausgestellt wurde.

Nr. 3579.

Zeitpunkt für die Namhaftmachung der Person, welche für eine Handlungsfirma den Eid abzulegen hat.

Entsch. v. 23. Nov. 1869, Nr. 11482 (Best. der gleichförmigen Urth. des B. G. Hernals v. 22. Februar 1869, Nr. 4973 und des O. L. G. Wien v. 29. Juli 1869, Nr. 10554). G. H. 1870, S. 23.

Bei Verwerfung der a. o. Revisionsbeschwerde, womit die gleichförmigen Urtheile der Untergerichte deshalb angefochten wurden, weil in denselben die Person, welche die von der klagenden Handelsfirma angebotenen und zugelassenen (Erfüllungs- und Schätzungs-) Eide abschwören sollte, nicht bezeichnet worden war, bemerkte der oberste Gerichtshof in den Motiven: Die Ablegung des Erfüllungs- und des Schätzungseides für eine Handelsfirma hat ordnungsgemäß durch den Chef oder einen öffentlichen Gesellschafter zu geschehen. Dieser Letztere braucht erst bei der Antretung des Eides namhaft gemacht zu werden, und hat seine Eigenschaft bei der Eidesantretung oder vor der Ablegung des Eides nachzuweisen.

Nr. 3580.

Haftung der Badeanstalt für Entwendungen aus der verschlossenen Badecabine.

Entsch. v. 24. Nov. 1869, Nr. 8221 (Best. der gleichförmigen Urth. des L. G. Wien v. 29. Dec. 1868, Nr. 70311 und des O. L. G. Wien vom 5. Mai 1869, Nr. 6089). G. H. 1870, S. 122.

Der oberste Gerichtshof hat die a. o. Revisionsbeschwerde des Besitzers einer Badeanstalt gegen die untergerichtlichen Erkenntnisse, wodurch derselbe zum Ersatz des Werthes der einem Badegast aus der benutzten Cabine entfrembeten Sachen verurtheilt wurde, aus den nachstehenden Gründen verworfen: Den angefochtenen Urtheilen liegt

die Auffassung zu Grunde, daß vermöge der Einrichtung in der Badeanstalt des Beklagten, zu Folge welcher die zur Benutzung durch die Badegäste, zum Aus- und Ankleiden, zur Aufbewahrung ihrer Kleider und Effecten bestimmten Cabinen ausschließlich unter dem Verschluß der von der Anstalt bestellten Diener stehen, die Badeanstalt, dem Badegast gegenüber, hinsichtlich der während des Bades in der Cabine hinterlegten Sachen in das Verhältniß und die Pflichten eines Verwahrers tritt. Diese Auffassung entspricht ebenso dem thatsächlichen Verhältniß wie dem Gesetz. Denn es kann nicht bestritten werden, daß der Badegast, indem er seine Kleider und Effecten in einer von der Badeanstalt unter Verschluß gehaltenen, nur dem mit dem Schlüssel versehenen Badediener zugänglichen Cabine hinterlegt, aus welcher er die Sachen nur mit Hilfe des aufschließenden Dieners wieder zurücknehmen kann, die in der Cabine hinterlegten Gegenstände wirklich dem Diener zur Aufbewahrung übergibt; daß mit der Hinterlegung in der Cabine, die von dem Augenblick, als die Thür in das Schloß fällt, nur mehr dem Badediener zugänglich ist, die physische Uebergabe in die Gewahrsame des Letzteren erfolgt; daß ferner der Vorbehalt des Schlüssels keinen Sinn hätte, wenn eben damit die Badeanstalt nicht die ausschließliche Obsorge über die Sachen des Badegastes übernähme. Dadurch also, daß die Anstalt dem Gast eine unter ihrer Sperre stehende Cabine zur Benutzung anbietet und der Gast sie benutzt, kommt stillschweigend ein Vertrag zu Stande, mit welchem die Badeanstalt die Verantwortlichkeit dafür übernimmt, daß der dem Badegast angewiesene Ort auch seinem Zweck entspricht. Wenn nun die Einrichtung der Cabine eine solche ist, welche einem unberufenen Dritten möglich macht, zu den vom Badegast hinterlegten Sachen zu gelangen, oder wenn diese Möglichkeit durch Unterlassung der gehörigen Aufmerksamkeit von Seite des mit der Aufsicht über die Cabine betrauten Badedieners herbeigeführt wird, so liegt dem daraus entstandenen Schaden allerdings ein Verschulden der Badeanstalt zu Grunde, indem sie ihrer stillschweigend übernommenen Verpflichtung nicht vollständig nachgekommen ist, ein Verschulden, ohne welches der Schade nicht hätte eintreten können, welches daher nach den §§. 957, 958, 961, 964, 1295, 1297 und 1298 a. b. G. B. die Badeanstalt ersatzpflichtig macht, die ihrerseits den Beschädigten nicht an den schuldtragenden Badediener weisen kann, da nicht der Badegast sich den Badediener für die Obsorge über seine Habseligkeiten wählt, sondern dieselben dem von der Anstalt bestellten und den Badegästen zugewiesenen Diener der Anstalt anvertrauen und ihm die Verschließung des Aufbewahrungsortes überlassen muß.

Nr. 3581.

Anfechtung einer Schätzung wegen angeblicher Unregelmäßigkeiten. Berechtigung der aus Anlaß eines Privateisenbahnbaues Expropriirten, auf dem Rechtswege eine höhere Entschädigungssumme in Anspruch zu nehmen.

Entsch. v. 24. Nov. 1869, Nr. 13162 (Best. des Decr. des L. G. Wien v. 7. Sept. 1869, Nr. 50706, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 20. Oct. 1869, Nr. 20448). G. Z. 1870, Nr. 1 *).

In Folge rechtskräftigen Expropriationserkenntnisses der Verwaltungsbehörde in der Angelegenheit des Baues der Franz Josef-Eisenbahn wurde auf das Begehren der Bahngesellschaft zur Abschätzung der dem B gehörenden Liegenschaften geschritten, für welche ein Schätzmann von der Gesellschaft, der zweite Schätzmann von B und der Obmann von dem Gericht (L. G. in Wien) gewählt worden war. Die Realitäten wurden von dem einen Schätzmann auf 296.345 fl., von dem anderen auf 484.213 fl. 30 kr. geschätzt; die Differenz betrug demnach 187.868 fl. Der Obmann entschied für den geringeren Betrag. Dagegen trat nun B mit dem Begehren um Vornahme einer neuen Schätzung mit andern Experten auf. — Dieses in erster Instanz abgewiesene Gesuch wurde von dem O. L. G. aus folgenden Gründen bewilligt: In Expropriationsfällen muß nach §. 365 des a. b. G. B. dem Eigenthümer für die von ihm abzutretende Sache eine angemessene Schadloshaltung geleistet werden, und als angemessen kann die Schadloshaltung nur dann gelten, wenn bei der Ermittlung derselben nach Vorschrift des §. 305 a. b. G. B. auf alle thatsächlichen Verhältnisse der Zeit und des Ortes und auf den Nutzen, den der Eigenthümer aus der eigenen Benützung oder Bestandverlassung der Sache wirklich bezieht, oder den er nach Verhältnissen der Zeit und des Ortes aus derselben beziehen könnte, die erforderliche Rücksicht genommen worden ist. Von diesem Standpunkte aus betrachtet muß aber das vorliegende Schätzungsoperat in mehrfacher Beziehung als mangelhaft und ungenügend bezeichnet werden. 1. In dem Schätzungsprotokoll (Blatt 3 und 4) wird im Allgemeinen bemerkt, daß bei der ersten Commission am 2. August 1869 die nöthigen Vorbesprechungen über Schätzungsgrundsätze gepflogen, hierüber jedoch kein Protokoll aufgenommen, sondern nur Notaten über das Besprochene, welche aber nicht vorliegen, gemacht wurden, und wird dies damit zu rechtfertigen gesucht, daß kein definitiver Beschluß gefaßt worden sei. Allein abgesehen davon, daß die eben angeführte Bemerkung in dem weiteren Verlaufe des Protokolles selbst ihre Widerlegung findet, in-

*) Anmerkung. Wegen des Zusammenhanges wurde die obige Entscheidung der nächstfolgenden von dem gleichen Datum, allein mit niedrigerer Geschäftszahl, vorangestellt.

dem sich auf Blatt 14 bis 19 auf damals gepflogene Vereinbarungen berufen wird, über welche der Gerichtsabgeordnete etwa aus Abgang einer schriftlichen Aufzeichnung keine bestimmte Aufklärung zu geben vermochte, so muß hierin schon deßhalb ein wesentliches Gebrechen gefunden werden, weil die schriftliche Aufzeichnung im Protokolle überhaupt alles bei der Verhandlung Vorgekommene umfassen soll, und weil es bei einem so bedeutenden Grundcomplexe und bei dem Vorhandensein so vielfältiger Verhältnisse, welche auf die Bewerthung Einfluß haben, allerdings nothwendig gewesen wäre, daß zur Erzielung eines einheitlichen Vorganges vor allem die Grundsätze, nach welchen bei der Schätzung vorgegangen werden soll, festgestellt und hierüber nöthigenfalls der Beschluß des Gerichtshofes eingeholt werde; eben die bedeutende Differenz von 187.868 fl. zwischen den Befunden der beiden Schätzmänner und die Verschiedenartigkeit der Motive, mit welchen jeder seinen Befund begründete, liefern den thatsächlichen Beweis, wie nothwendig es gewesen wäre, dem Schätzungsoperate gleich ursprünglich eine feste Grundlage zu geben. 2. Aus der Vergleichung der von den beiden Schätzleuten abgegebenen detaillirten Schätzungsbefunde geht hervor, daß dieselben in ihren Angaben über das Flächenmaß der einzelnen Bestandtheile und den Maßstab der Bewerthung bedeutend differiren. Das Flächenmaß wird von dem Schätzmann C für das Wohn-, Fabriks- und Gasthausgebäude mit 384 Quadr.-Klafter, für das Wohn- und Stallgebäude mit 178 Quadr.-Klafter, für das Palais mit 214·08 Quadr.-Klafter angegeben, während der Schätzmann D das Flächenmaß für das Wohn- und Fabriksgebäude mit circa 168 Quadr.-Klafter, für das Palais mit circa 214 Quadr.-Klafter angibt. C schätzt die eben angeführten Realitäten mit Einschluß der Grundarea, D schätzt sie ohne die Grundarea. C gibt für das Glashaus mit 71·57 Quadr.-Klafter einen Werth von 2433 fl. 38 kr., für die Eisgrube, Einfriedungsmauer und die Brunnstube einen Werth von 2945 fl. 46 kr. an, während D die Einfriedungsmauer, das Glashaus und die Brunnstube zusammen auf 2500 fl. bewerthet. Diese Differenzen zeigen deutlich, daß nicht einmal die objective Basis der Schätzung genügend festgestellt ist und daher auch keinen Anhaltspunkt für die Bewerthung geben kann. 3. Nach den vorliegenden Zinsfassionen und Steuerrepartitionsextracten beträgt der Jahreszins für das eine Haus 3860 fl., für das andere 1300 fl. Auf die von dem Vertreter des Eigenthümers bei der Commission an die Sachverständigen gestellte Frage II (Blatt 23), ob sie auf das nachgewiesene Zinserträgniß der Häuser Rücksicht genommen haben, haben beide Sachverständige erklärt, daß sie bei der vorliegenden Schätzung auf das Zinserträgniß der Realitäten nicht Rücksicht genommen haben, weil dasselbe im vorliegenden Falle nicht maßgebend erscheine. Auch hierin liegt ein wesentliches Gebrechen, weil dem Eigenthümer durch die Abtretung seiner Realitäten das Zinserträgniß ent-

geht, und dieser Entgang allerdings als maßgebend bei der Ermittlung der ihm gebührenden Schadloshaltung betrachtet werden muß; und es wird dieses Gebrechen um so auffallender, als der Schätzmeister D in Beantwortung der Frage I (Blatt 23) ausdrücklich bemerkt, daß er nur den Materialwerth der Gebäude und den ganzen Grundcomplex als Baugrund geschätzt habe, während doch das Palais, welches sich in gutem Baustande befindet und von dem Eigenthümer selbst bewohnt wird, und die vermietheten Gebäude mit einem Zinsertrage von jährlich 3860 fl. für den Eigenthümer offenbar nicht blos den Werth des bei dem Abbruche sich ergebenden Materiales haben. 4. In der Frage III (Blatt 24, 25) hat der Vertreter des Eigenthümers eine Tabelle über die von der Kaiser Franz Josef-Eisenbahngesellschaft in jüngster Zeit angekauften Häuser mit den auf diesen Ankauf Bezug nehmenden Bestätigungen der betreffenden Hauseigenthümer vorgelegt und hiemit die Frage verbunden, ob diese für Hauseinlösungen in der unmittelbaren Nachbarschaft bezahlten Preise geeignet seien, auf den vorliegenden Fall angewendet zu werden, und wie sich dieselben zu den von den Experten in Rechnung gekommenen Ansätzen verhalten. Es hat der Vertreter der Eisenbahngesellschaft sich nur im Allgemeinen gegen die Richtigkeit der angeführten Daten verwahrt, specielle Anstände dagegen weder erhoben noch begründet, ungeachtet eben die von ihm vertretene Gesellschaft die betreffenden Verträge in Händen hat und nur bemerkt, daß die angeführten Kaufpreise nicht den Verkehrswerth dieser Realitäten repräsentiren, indem die Gesellschaft gewiß auch deßhalb einen allfällig den Verkehrswerth übersteigenden Kaufpreis hätte bewilligen müssen, um nicht neuerlich das Expropriationsverfahren durchzuführen. In Folge dessen hat nun wohl der Schätzmann D erklärt, daß die fraglichen Preise geeignet seien, auf den vorliegenden Fall angewendet zu werden, er hat aber die weitere Frage, wie sich dieselben zu seinen Ansätzen verhalten, unbeantwortet gelassen. Dagegen hat der Schätzmeister C die Beantwortung beider Fragepunkte ausdrücklich abgelehnt. Auch dieser Vorgang entspricht nicht der Vorschrift des §. 305 des a. b. G. B., daß die Sache nach dem Nutzen geschätzt werden soll, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet, indem zu den Rücksichten auf Zeit und Ort ganz vorzüglich solche Ankäufe zu rechnen sind, welche gleichzeitig geschehen und Realitäten in unmittelbarer Nähe, in gleicher Lage und zu gleichem Zwecke zum Gegenstande haben. Wurden die vorgelegten Daten nicht für genügend erachtet, so war es Aufgabe der Commission, dieselben zu ergänzen oder ergänzen zu lassen. Auf keinen Fall aber durfte ein so wichtiges Moment bei der Bewerthung ganz unberücksichtigt gelassen werden und zwar umso weniger, als die Eisenbahngesellschaft eben durch den Ankaufspreis selbst ausgedrückt hat, welchen Werth sie den von ihr angekauften Realitäten beilege und es nicht gerechtfertigt wäre, daß derjenige, welcher

zur Abtretung seines Eigenthums aus Rücksichten für das allgemeine Beste zwangsweise angehalten wird, hiebei auch noch im Kaufpreise schlechter gehalten sein sollte, als der freiwillige Verkäufer. 5. Was endlich den Befund des Obmannes E (Blatt 27, 28, 29) betrifft, so hat derselbe nur im Allgemeinen erklärt, daß er der auf den Gesammtbetrag von 296.345 fl. lautenden Schätzung des einen Schätzmeisters vollständig beitrete; er hat sich aber nicht über die einzelnen Positionen, aus welchen dieser Gesammtbetrag zusammengesetzt ist, ausgesprochen und eben so wenig angegeben, ob er die zwischen den beiden Schätzleuten bestehenden Differenzen im Flächenmaße selbstständig erhoben und wie er das Flächenmaß befunden habe. Sein Befund ermangelt daher der erforderlichen Selbstständigkeit und Verläßlichkeit, und wenn er in den beigefügten Erwägungen einerseits auf den in der Verhandlung gar nicht zur Sprache gebrachten, nach Angabe des Recurrenten unter ganz besonderen Umständen zu Stande gekommenen Verkauf der von der Commune Wien an die Eisenbahngesellschaft um 12 fl. pr. Quadr.-Klafter abgetretenen Gartengründe in der Spitelauergasse hinweiset, andererseits aber die Bedachtnahme auf die in Frage IV angeführten Realitätenankäufe ablehnte und sogar erklärte, daß die Nähe des Franz Josef-Bahnhofes bei der B'schen Realität deßhalb gar nicht zu berücksichtigen sei, weil der Bahnhof nicht in der Nähe der B'schen Realität, sondern auf derselben erbaut werden soll, während doch gerade dieser Umstand den höheren Werth zeigt, welchen die Eisenbahngesellschaft der B'schen Realität zu ihren Zwecken beilegt und welcher wohl auch für den Eigenthümer bei Ausmessung seiner Entschädigung in Anschlag zu bringen ist — so muß die Beschwerde des Recurrenten B, daß bei diesem Befunde nicht mit der erforderlichen Unparteilichkeit vorgegangen worden sei, indem man nur die ihm nachtheiligen, nicht auch die ihm günstigen Verhältnisse beachtet habe, allerdings für gegründet erachtet werden. Die vorliegende Schätzung kann demnach nicht als gesetzmäßig in gehöriger Weise vorgenommen anerkannt werden, und war daher aufzuheben und die Vornahme einer neuerlichen Schätzung mit Zuziehung anderer Schätzmänner anzuordnen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstrichterlichen Bescheid in der Erwägung, daß die in Rede stehende Schätzung durch von den Parteien selbstgewählte Sachverständige mit einem auf das Begehren beider Parteien vom Gerichte ernannten Obmanne vorgenommen worden ist; daß die vollkommene Befähigung und die zur Abgabe des Schätzungsbefundes erforderlichen Fachkenntnisse dieser Sachverständigen in keiner Beziehung in Zweifel gezogen werden konnten; daß aus dem Umstande, daß sich in dem Ausspruche über den Werth der abgeschätzten Realitäten zwischen den beiden Sachverständigen eine Meinungsverschiedenheit ergeben hat, weder auf eine Oberflächlichkeit ihres Vorganges bei Ermittlung der für die Werthsbestimmung maßgebenden

Momente, noch auf einen Mangel der erforderlichen Unparteilichkeit geschlossen werden kann; daß bei Aufnahme jener Schätzung keine der wesentlichen Vorschriften der a. G. O. über die Aufnahme des Beweises durch Sachverständige außer Acht gelassen worden ist, daß aber, was das Innere des Schätzungsbefundes betrifft, das Gericht sich in eine Prüfung und Beurtheilung der Grundsätze, welche die Sachverständigen der Abgabe ihres Gutachtens unter der obhabenden Eidespflicht und nach ihrer Ueberzeugung zum Grunde legen zu müssen erachtet haben, und in eine Beurtheilung der Richtigkeit und Angemessenheit des von dem einen oder dem anderen Sachverständigen angenommenen Werthsmaßstabes einzulassen nicht berufen ist; daß bei der vollständigen Uebereinstimmung des Obmannes mit der Werthsangabe des Sachverständigen C nach §. 197 G. O. die Meinung des letzteren als das beweiskräftige Ergebniß der Schätzung anzunehmen und sohin weder der Fall der Erneuerung des Augenscheins mit Zuziehung anderer Sachverständiger vorhanden war, noch überhaupt nach §. 200 G. O. und Hofdcr. vom 27. Februar 1784, J. G. S. Nr. 249, eine Ueberschau über den Befund der Sachverständigen als zulässig erscheint; daß hienach ein Gebrechen, welches die Richtigkeit der in Rede stehenden Schätzung begründete und daher die Aufhebung dieses Actes erforderte, nicht gefunden werden kann; daß aber auch die vom Eigenthümer gegen diese Schätzung erhobenen Bedenken nur in der Ansicht wurzeln, daß die festgesetzte Werthsumme dem wahren Werth der Realitäten und speciell dem besondern Werth, den sie für ihn haben, nicht gleichkomme; daß jedoch nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 9 der Min.-Verordn. vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238 betreffend die Concessionirung von Privat-Eisenbahnbauten, dem Expropriaten der auf eine größere Entschädigung, als die durch die Schätzung festgestellte, Anspruch macht, selbst wenn bei der Schätzung nicht alle Vorschriften über den gerichtlichen Kunstbefund beobachtet wurden, nur der Rechtsweg vorbehalten bleibt; daß endlich hienach unverkennbar gegen Wort, Sinn und Zweck des erwähnten Gesetzes verstoßen würde, wenn als zulässig angesehen werden sollte, die in einem Expropriationsfall aufgenommene gerichtliche Schätzung, welcher ein gesetzwidriges Gebrechen nicht anhaftet, lediglich wegen der von dem Expropriaten gegen die ausgemittelte Entschädigungssumme vorgebrachten Anstände und zum Zweck der etwa durch eine neue Schätzung herbeizuführenden Erhöhung jener Summe aufzuheben.

Nr. 3582.

Berechtigung der Eisenbahnunternehmung zur Besitzergreifung des expropriirten Grundstückes nach Erlag des durch Schätzung ermittelten Entschädigungsbetrages: Zuständigkeit der politischen Behörden zur Besitzeinweisung.

Entsch. v. 24. Nov. 1869, Nr. 13154 (Best. des Decr. des B. G. Alsergrund in Wien v. 30. Oct. 1869, Nr. 19230, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 4. Nov. 1869, Nr. 22548). G. Z. 1870, Nr. 2*).

Nachdem die Franz Josef-Eisenbahngesellschaft den für die Expropriation der Realitäten des B durch den Beitritt des Obmanns E zum Befund des Schätzmanns C ermittelten Entschädigungsbetrag von 296.345 fl. (siehe die vorausgehende Entsch. der Sammlung) bei Gericht deponirt hatte, begann sie, am 22. October 1869, die Demolirung der expropriirten Gebäude und wurde deßhalb von B an dem darauf folgenden Tag in possessorio summariissimo wegen Besitzstörung belangt. Dieser in erster Instanz abgewiesenen Klage hat das O. L. G. in der Erwägung stattgegeben, daß es nach der Verordnung vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12, in dem Verfahren über Besitzstörungsstreitigkeiten einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsachen des letzten factischen Besitzstandes und der erfolgten Störung anzukommen und das richterliche Erkenntniß sich auf den Schutz und die Wiederherstellung des gestörten Besitzes zu beschränken hat; daß im vorliegenden Falle ausgesprochen vorliegt, daß die fraglichen Realitäten sich auch derzeit noch im ausschließlichen bücherlichen und physischen Besitze des Klägers befinden und die geklagte Gesellschaft eine Uebergabe derselben in ihren Besitz noch keineswegs erwirkt hat, daß also der letzte factische Besitzstand offenbar für den Kläger spricht und daß ebenso das Factum der erfolgten Besitzstörung durch den vorgenommenen gerichtlichen Augenschein außer allen Zweifel gestellt ist; daß die Berufung auf den gerichtlichen Erlag des Ablösungsbetrages per 296.345 fl. nicht zu berücksichtigen ist, weil bereits mit der obergerichtlichen Entscheidung vom 20. October, Nr. 20.448 (siehe die vorausgehende Entsch.) die Aufhebung des betreffenden Schätzungsoperates und die Vornahme einer neuen Schätzung der fraglichen Realitäten mit Zuziehung anderer Schätzleute ausgesprochen wurde, und sonach derjenige Ablösungsbetrag, von dessen Zahlung oder gerichtlichem Erlag die Erwerbung des Eigenthums der expropriirten Sache abhängt, noch gar nicht festgestellt ist; daß überdies im vorliegenden Falle jeder Ausweis darüber mangelt, daß die geklagte Gesellschaft in den Besitz der fraglichen Realitäten bereits eingeführt, oder daß an den Kläger und die betreffenden Miethparteien ein Auftrag zur Räumung der von ihnen

---

*) Anmerkung. Siehe Anmerkung bei Nr. 3581.

benützten Localitäten bereits ergangen sei; daß also unter diesen Umständen der eigenmächtige Beginn von Demolirungsarbeiten an diesen Realitäten allerdings als eine Besitzstörung betrachtet werden muß, gegen welche der Gestörte nach §. 339 a. b. G. B. die Untersagung des Eingriffes, und zwar gerichtlich zu fordern berechtiget ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz in der Erwägung, daß bezüglich der oberwähnten Realitäten ein rechtskräftiges Expropriationserkenntniß vorliegt; daß auf Grund desselben die gerichtliche Schätzung dieser Realitäten erwirkt und der durch dieselbe festgestellte Entschädigungsbetrag von der genannten Eisenbahnunternehmung zu Gerichtshanden erlegt worden ist; daß zufolge §. 9 Absatz c der Min.-Verordn. vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238, durch den gerichtlichen Erlag der Entschädigungssumme, welche durch die auf Grund des Expropriationserkenntnisses erwirkte gerichtliche Schätzung erhoben worden ist, die expropriirende Eisenbahnunternehmung das Eigenthum des expropriirten Grundes erwirbt und in dem Baue in dieser Rücksicht nicht mehr gehemmt werden darf; daß auf Grund dessen der Kläger auch bereits von der nach §. 13 der bezogenen Verordnung in Angelegenheiten der Durchführung der Expropriation allein competenten Administrativbehörde mit rechtskräftigem Erlasse angewiesen worden ist, die Eisenbahngesellschaft in der Ausübung ihres Eigenthumsrechtes und somit am Beginne der Arbeiten zum Baue der Eisenbahn nicht mehr zu hindern; daß hienach in der von der geklagten Eisenbahngesellschaft zum Behufe des Eisenbahnbaues an den Realitäten des Klägers begonnenen Arbeitsangriffen eine Besitzstörung nicht erkannt und das Gericht zur Ertheilung eines Auftrages wegen Einstellung dieser Arbeiten nicht als competent angesehen werden kann, und daß die obergerichtliche Verordnung vom 20. October 1869, Nr. 20.448, mit welcher auf den Recurs des Klägers die vom Landesgerichte in Wien aufgenommene gerichtliche Schätzung aufgehoben und die Vornahme einer neuerlichen Schätzung angeordnet worden ist, durch die unter Einem zur Zahl 13.162 (siehe die vorige Nr. 3581 der Sammlung) ergangene oberstrichterliche Entscheidung aufgehoben und die im Expropriationsweg aufgenommene gerichtliche Schätzung der Realitäten aufrecht erhalten worden ist.

Nr. 3583.

Verbot: Bescheinigung der Gefahr.

Entsch. v. 24. Nov. 1869, Nr. 13341 (Best. des das Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 29. Sept. 1869, Nr. 30935, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 20. Oct. 1869, Nr. 21503). G. Z. 1870, Nr. 7.

Der Handelsmann A begehrte gegen B das Verbot auf Effecten, welche für B bei einem Dritten erlegt waren, auf Grund eines Aus-

zuges aus seinem Börsenbuche, der einen Saldo zu seinen Gunsten auswies, dann eines Zeugnisses, welches lautete: „Kraft welchem die Unterzeichneten bestätigen, daß Herr B an der Börse insolvent geworden ist, und die daselbst ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt. C. Strauchgasse, D. Strauchgasse". Zwei Personen waren als Zeugen mitgefertigt; die Aussteller sollen, nach Angabe des Verbotswerbers, Kaufleute sein. — Die erste Instanz bewilligte das Verbot. — Das O. L. G. schlug es ab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des O. L. G., weil das Zeugniß, ausgestellt von zwei Männern, deren Charakter und Wohnort von denselben gar nicht beigesetzt ist, und ohne Bezeichnung der Thatsache, aus welcher ihnen bekannt geworden sei, daß B seine Verbindlichkeiten aus Börsegeschäften nicht erfülle, zur Gestattung des Verbotes nicht hinreicht.

Nr. 3584.

Verbot: Bescheinigung der Gefahr.

Entsch. v. 24. Nov. 1869, Nr. 13342 (Best. des das Decr. des B. G. der innern Stadt Wien v. 29. Sept. 1869, Nr. 30613, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 20. Oct. 1869, Nr. 21564). G. Z. 1870, Nr. 7.

Gleichlautend mit Entsch. vom 24. Nov. 1869, Nr. 13341 (Nr. 3583 der Sammlung).

Nr. 3585.

Vereinbarung eines bestimmten Zahlungsortes durch Annahme einer den Zahlungsort bestimmenden Factura.

Entsch. v. 25. Nov. 1869, Nr. 8535 (Best. des das Urth. des B. G. Urfahr v. 30. April 1869, Nr. 2050, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 10. Juni 1869, Nr. 10467). G. Z. 1870, Nr. 17. G. H. 1870, S. 1.

Der oberste Gerichtshof entschied für die Zuständigkeit des als forum contractus nach §. 43 J. N. von dem Kläger angerufenen Gerichtes mit folgender Begründung: Auch wenn die Annahme der schriftlich gestellten Bedingung eines bestimmten Zahlungsortes nicht mündlich oder schriftlich, sondern durch concludente Handlungen erfolgte, ist doch dadurch ein Vertrag zu Stande gekommen und erscheint dann im Sinne des §. 43 J. N. der Zahlungsort in einem Vertrage ausdrücklich, ja sogar schriftlich bestimmt. Eine solche concludente Handlung ist die Annahme der Waare mit einer die Zahlung an einem bestimmten Ort bedingenden Factura, wodurch über den Zahlungsort ein Vertrag zu Stande kommt.

Nr. 3586.

Unzulässigkeit der executiven Einverleibung einer Verurtheilung ad praestandum factum.

Entsch. v. 25. Nov. 1869, Nr. 13470 (Best. des das Decr. des B. G. Tischnowitz v. 7. Mai 1869, Nr. 4422, abänd. Decr. des O. L. G. Brünn v. 7. Sept. 1869, Nr. 11642). G. H. 1869, S. 424.

Nr. 3587.

Rückwirkung des die Schuldhaft abschaffenden Gesetzes auf vorher eingeleitete Bedeckungsverhandlungen.

Entsch. v. 30. Nov. 1869, Nr. 13415 (Best. des Decr. der Prätur Cattaro v. 21. Nov. 1868, Nr. 2676, Abänd. des Decr. des O. L. G. Zara vom 15. Mai 1869, Nr. 2018). G. Z. 1870, Nr. 75.

Im Jahre 1866 wurde auf das im Sinne des §. 461 westg. G. O. angebrachte Gesuch des Gläubigers A gegen den Executen B dem letzteren die Güternamhaftmachung unter Androhung des Personalarrestes aufgetragen und auf die von B überreichte Manifestation im Sinne des Justiz-Hofdcr. vom 15. Jänner 1845, J. G.S. Nr. 859, Tagfahrt angeordnet. Darauf erging das die Schuldhaft abschaffende Gesetz vom 4. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 34, — und das Gericht erster Instanz erledigte nun die stattgefundene Parteienverhandlung mit einem die Güternamhaftmachung des B abweisenden Bescheid, weil das im §. 461 westg. G. O. und im Justiz-Hofdcr. vom 15. Jänner 1845, Nr. 859, normirte Verfahren nur als Grundlage für die richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Schuldhaft des Executen zu dienen hatte und mit der Abschaffung der Schuldhaft durch das zurückwirkende Gesetz vom 4. Mai 1868 auch die dadurch ganz zwecklos gewordenen Vorschriften des §. 461 westg. G. O. und des Hofdcr. vom 15. Jänner 1845 außer Kraft gesetzt seien. — Dieser Auffassung trat das O. L. G. mit der Betrachtung entgegen, daß es sich hier nicht um die Entscheidung handelt, ob der Schuldhaft des B stattzugeben sei, sondern — nach Vorschrift des Hofdcr. vom 15. Jänner 1845 — ob dessen namhaft gemachtes Vermögen zur Bedeckung des Gläubigers A hinreiche und daß mit der gesetzlichen Auflassung der Schuldhaft die auf die Güternamhaftmachung Bezug habenden Bestimmungen des citirten Hofdcr. und des §. 461 westg. G. O., die mit besonderer Rücksichtnahme auf die §§. 80 und 81 westg. G. O. sich keineswegs als nutzlos darstellen*), nicht abrogirt worden sind.

---

*) Den außer Wirksamkeit gesetzten §§. 80 und 81 westg. G. O. (aus dem Capitel über den Concursproceß) entspricht im Wesentlichen der Inhalt des §. 63 der neuen Concursordnung vom 25. December 1868.

Aus diesen Gründen cassirte das L. G. die vom Executionsführer A angefochtene Verordnung des Gerichtes erster Instanz mit dem Auftrage an dasselbe, über die Güternamhaftmachung des B meritorisch zu entscheiden.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Verordnung, weil die Güternamhaftmachung im gegenwärtigen Falle um der Schuldhaft und nicht um der Concurseröffnung willen aufgetragen wurde, weshalb jede Rücksichtnahme auf die §§. 80 und 81 westg. G. O. hier zu entfallen hatte, und weil anderentheils in Folge der Abschaffung der Schuldhaft, mit welcher auch das Hofdecret vom 15. Jänner 1845 und §. 461 westg. G. O. außer Kraft gesetzt sind, die richterliche Entscheidung über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des von B manifestirten Vermögens zur Bedeckung des A vollständig unnütz und illusorisch sein würde.

Nr. 3588.

Verpflichtung des Executionsführers, die bereits aufgelaufenen Executionskosten zu liquidiren.

Entsch. v. 30. Nov. 1869, Nr. 13547 (Best. der gleichförmigen Decr. des L. G. Graz v. 31. August 1869, Nr. 14872 und des O. L. G. Graz vom 21. Sept. 1869, Nr. 11800). G. Z. 1870, Nr. 69. G. H. 1870, S. 148.

Das Gesuch des A um executive Feilbietung der Mobilien seines Schuldners B wurde demselben mit dem Auftrage zurückgestellt, die bisher aufgelaufenen Executionskosten zu verzeichnen, damit der Execut in die Kenntniß jenes Schuldbetrages gelange, durch dessen Berichtigung er die weiteren nachtheiligen Wirkungen einer fortgesetzten Executionsführung von sich abwenden kann. — Die zweite Instanz bestätigte diese Verordnung, weil dieselbe in den §§. 403 und 424 a. G. O., dann in der Resolution vom 14. Juni 1784, J. G. S. Nr. 306, begründet ist, und die Forderung, wegen welcher die Execution angesucht wird, ziffermäßig ausgewiesen sein soll.

Den dagegen überreichten außerordentlichen Revisionsrecurs hat der oberste Gerichtshof verworfen, weil die Execution dem Gläubiger überhaupt nur für eine nach §. 298 a. G. O. liquidirte Forderung zu ertheilen, dem Schuldner aber auch die Liquidirung der Executionskosten zur Ergreifung allfälliger dagegen noch zulässiger Rechtsmittel nothwendig ist.

Nr. 3589.

Execution zur Sicherstellung von Gebühren.

Entsch. v. 1. Dec. 1869, Nr. 13152 (theilweise Best. des Decr. des B. G. Radstadt v. 16. Sept. 1869, Nr. 1796, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 13. Oct. 1869, Nr. 20811). G. H. 1870, S. 187.

Mit Vorlage des Auftrages der Finanzdirection in Salzburg, die Sicherstellung der aus einem Gutskaufe erwachsenen Vermögens-Uebertragungsgebühr, deren Zahlung laut der ebenfalls producirten Zahlungsauflage an den Käufer von diesem zu leisten war, allein nicht geleistet wurde, nach §. 68, Absatz 3 des Gebührengesetzes vom 9. Februar 1850, R. G. Bl. Nr. 50, durch Einverleibung des executiven Pfandrechtes an der auf dem gekauften Gute intabulirten Kaufschillingsforderung des Verkäufers zu erwirken, begehrte die Finanzprocuratur die Pfandrechtseinverleibung, welche in erster Instanz bewilligt, in zweiter Instanz hingegen deßhalb verweigert wurde, weil gegen den Verkäufer eine Auflage zur Zahlung der besagten Gebühr niemals erlassen worden war.

In Erwägung, daß zwar die Grundlage zur Ertheilung des executiven Pfandrechtes fehlt, jedoch die Einverleibung des Pfandrechts auch nicht zur Execution, sondern nur zur Sicherstellung begehrt wurde, welche, wenn sie von der Finanzdirection den nach §. 68, Abs. 3 des citirten Gebührengesetzes für die Vermögens-Uebertragungsgebühr mitverhafteten Personen (Verkäufer) gegenüber als nothwendig erachtet wurde, auf das unter Vorlage des bezüglichen Auftrages der Finanzdirection angebrachte Gesuch nach dem Hofdcr. vom 18. September 1786, Nr. 577 J. G. S. lit. c und vom 24. October 1806, J. G. S. Nr. 789 von dem Richter nicht verweigert werden durfte, — hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid mit der Modification bestätigt, daß die Bezeichnung des bewilligten Pfandrechts als eines executiven zu entfallen und die Pfandrechtsbewilligung, sowie der Vollzug derselben nur für die Sicherstellung zu gelten habe.

Nr. 3590.

Fortbestand der Vorschriften über die gerichtliche Bestimmung der Advocaten-Expensen bis zur Einführung des Tarifes.

Entsch. v. 1. Dec. 1869, Nr. 13459 (Aufheb. der gleichförmigen Decr. des B. G. Graz v. 20. August 1869, Nr. 10779 und des O. L. G. Graz v. 27. Sept. 1869, Nr. 11938). G. H. 1869, S. 429.

Von beiden Untergerichten wurde das Gesuch des Advocaten A um Adjustirung seines Expensars zu der von ihm in mehreren Processen besorgten Vertretung des B in der Erwägung abgewiesen, daß

nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 17 der Advoc.-Ordn. vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96 bezüglich der Feststellung der Auslagen und des Verdienstes des Advocaten beim Mangel eines Uebereinkommens nur die gesetzlichen Bestimmungen über den Lohnvertrag anzuwenden sind; daß mithin dem Advocaten zur Bestimmung des Betrages seiner Expensen kein anderer Weg als der des Uebereinkommens mit der Partei, unmittelbar oder durch Vermittlung des Advocatenkammer-Ausschusses (§. 19 der Advoc.-Ordn.), und bei dessen Erfolglosigkeit der Rechtsweg offen steht; daß diesen Vorschriften gegenüber die Bezugnahme auf das durch die Advoc.-Ordn. aufgehobene Hofdcr. v. 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633 unstatthaft ist; endlich, daß die richterliche Ingerenz bei der Expensenbemessung sich auch nicht mit dem §. 1152 a. b. G. B. begründen läßt, weil die richterliche Bestimmung des Lohnes im Sinne dieses Paragraphen nur im Falle eines Rechtsstreites eintritt.

Der oberste Gerichtshof hingegen verordnete die Behandlung des Expensen-Adjustirungsgesuches nach der Vorschrift des citirten Hofdecrets mit der Begründung, daß bis zum Erscheinen des im §. 17 der Advoc.-Ordn. in Aussicht gestellten Tarifes und bis zum Eintritte der Wirksamkeit desselben die Feststellung der Auslagen und des Verdienstes der Advocaten nach den dermaligen Gesetzen, also nach jenem Hofdecrete, vorzunehmen ist.

Nr. 3591.

Rechtliche Beschaffenheit des sogenannten Zinskreuzers: Selbstverständliche Verpflichtung des Miethers zur Bezahlung desselben.

Entsch. v. 2. Dec. 1869, Nr. 10779 (Best. des das Urth. des B. G. Wiener-Neustadt v. 29. Mai 1869, Nr. 4302, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 12. August 1869, Nr. 12801). G. H. 1870, S. 58.

Die durch a. h. sanctionirten Beschluß des n. ö. Landtages vom 28. April 1864 der Gemeinde von Wiener-Neustadt ertheilte Bewilligung zur Steuerumlage von zwei Zinskreuzern auf den Hausmiethzinsgulden wurde von dem dortigen Magistrate mit dem Zusatze kundgemacht, daß die Zinskreuzer den Hausbesitzern bei dem Steueramte in Vorschreibung gebracht, und daß die Hausbesitzer angewiesen werden, die Zinskreuzer zugleich mit den Miethzinsen bei ihren Parteien einzuheben und an das Steueramt abzuführen. Nach dieser Kundmachung vermiethete die A dem B in ihrem Hause eine Wohnung auf 6 Jahre vom Februar 1866 ab um jährliche 450 fl., ohne daß in dem Miethvertrage von der Verbindlichkeit des B zur Zahlung der Zinskreuzer eine Erwähnung gemacht wurde. Nach drei Jahren beklagte

die A den B wegen Ersatz der von ihr für diese Zeit dem Steueramte angeblich gezahlten Zinskreuzer im Betrage von 27 fl. Der Beklagte leugnete in erster Linie die von der Klägerin behauptete Zahlung und berief sich außerdem auf den Inhalt des Miethvertrages, in welchem er nur die von ihm erfüllte Verbindlichkeit zur jährlichen Zahlung von 450 fl. als Miethzins übernommen habe. — Das Gericht erster Instanz verwarf das Klagebegehren aus folgenden Gründen: Abgesehen von dem nicht erbrachten Beweise der angeführten Zahlung, hat die Klägerin auch nicht die wesentliche Bedingung des nach §. 1042 a. b. G. B. von ihr erhobenen Ersatzanspruches nachgewiesen, daß nämlich der Beklagte selbst durch gesetzliche Vorschrift zur Zahlung der Zinskreuzer verpflichtet gewesen wäre. Aus der Kundmachung des Magistrats von Wr.-Neustadt geht vielmehr das gerade Gegentheil hervor, indem darin gesagt ist, daß die Zinskreuzer den Hausbesitzern bei dem städtischen Steueramte vorgeschrieben werden. Zur Zahlung dieser auf den Miethzins gelegten, daher in erster Linie den Hausbesitzer und nicht den Miether treffenden Steuer war demnach die Klägerin verpflichtet, welcher nur frei stand, auf Grund der erwähnten Kundmachung die Zinskreuzer bei dem Beklagten einzuheben, oder, wenn dieser Versuch fruchtlos geblieben wäre, die Einhebung durch die politische Behörde zu erwirken.

Der oberste Gerichtshof hat in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz nach dem Klagebegehren erkannt, „in Erwägung, daß die Kundmachung des Magistrats von Wr. Neustadt und die darin getroffene Verfügung der Einhebung der Zinskreuzer bei den Miethparteien durch die Hauseigenthümer mit Rücksicht auf das nach Art. XV des Gesetzes vom 5. März 1862, R. G. Bl. Nr. 18 und nach den §§. 39, 73 u. 83 des für Oesterreich u. der Enns kundgemachten Gemeindegesetzes vom 31. März 1864, L. G. Bl. Nr. 5 der Gemeinde, resp. dem Gemeindevorstand zustehende Befugniß der Vertheilung und Umlage der gesetzlich zukommenden Gemeinde-Auflagen und Abgaben auf die Mitglieder und Angehörigen der Gemeinde, im Wirkungskreis des Gemeindevorstandes von Wr. Neustadt gelegen und für die in dieser Gemeinde wohnhaften Streittheile wirksam war; daß, wenn auch in der besagten Kundmachung die Zinskreuzer dem Hauseigenthümer vorgeschrieben werden, mithin die Hauseigenthümer der Gemeinde für die Zinssteuer haften, doch nach derselben die Zinskreuzer auf die Miethzinse als eine von den Miethern zu leistende Gemeindeabgabe umgelegt wurden und die Hauseigenthümer berechtigt sind, wegen ihrer Haftung gegen die Gemeinde die Zinskreuzer mit dem Miethzins von den Miethern einzuheben; daß es bei dieser selbstständigen Verpflichtung der Letztern zur Entrichtung der Zinskreuzer an den Hauseigenthümer nicht erst des Beweises der vom Hauseigenthümer selbst erfüllten Zinssteuerpflicht gegen die Gemeinde bedarf; daß der Hauseigenthümer gegen die ihrer Verbindlichkeit nicht nachkommende Miethpartei nur den gerichtlichen Weg betreten kann, da die Gemeinde mit ihren gesetzlichen Mitteln

der Einhebung der Steuer sich nur an den Hauseigenthümer zu halten hat; daß es sich bei den Zinskreuzern auch nicht um eine das Miethobjekt treffende Last im Sinn des §. 1099 a. b. G. B. handelt und daß der Beklagte von der Leistung dieser ihn selbst treffenden Angabe in dem Miethvertrag nicht entbunden worden ist.

Nr. 3592.

Schadenersatzklage gegen einen Bischof wegen widerrechtlicher Entsetzung von der Pfründe: Competenz der Gerichte?

Entsch. v. 7. Dec. 1869, Nr. 9941 (Best. des Urth. des L. G. Linz vom 28. Jänner 1869, Nr. 343, Abänd. des Urth. des O. L. G. Wien vom 13. Mai 1869, Nr. 8690). G. Z. 1869, Nr. 8.

Der Bischof von Linz, welcher über einen Curatbeneficiaten die Kirchenstrafe der Entsetzung von der Curatpfründe verhängt hatte, wurde von demselben bei dem L. G. in Linz auf Schadenersatz, (Zahlung der Bezüge des Curatbeneficiums und von 3102 fl. 76 kr.) belangt, und erhob die Einwendung der Incompetenz des angerufenen weltlichen Gerichtes, welches derselben statt gab. — Das O. L. G. verwarf diese Einwendung aus folgenden Gründen: Nach §. 4 der kaiserl. Verordn. vom 18. April 1850, R. G. Bl. Nr. 156 steht der geistlichen Gewalt das Recht zu, Jene, welche die Kirchenämter nicht der übernommenen Verpflichtung gemäß verwalten, in der durch das Kirchengesetz bestimmten Form zu suspendiren oder abzusetzen und sie der mit dem Amte verbundenen Einkünfte verlustig zu erklären. Diese geistliche Gewalt ist mit der Min.-Verordn. vom 15. Juli 1850, Nr. 320, unter Auflassung des im Hofkanzleidecr. vom 3. März 1792 angeordneten Verfahrens an die Bischöfe übergegangen. Der §. 5 der kais. Verordn. vom 18. April 1850, R. G. Bl. Nr. 156 ordnet weiters an, daß zur Durchführung des Erkenntnisses die Mitwirkung der Staatsbehörden in Anspruch genommen werden kann. Die soeben erwähnte Gesetzesstelle kann wohl nicht anders ausgelegt werden, als daß sowohl der Bischof, als der von seinem Amte suspendirte oder abgesetzte Priester berechtigt seien, zu obigem Ende die Hilfe der Staatsbehörde anzurufen, wenn man nicht annehmen soll, daß die Rechte beider vorbezeichneten Personen sich nicht des gleichen Schutzes erfreuten. Durch diese dem einfachen Priester seinem Bischofe gegenüber in den obigen Gesetzen eingeräumte Anrufung der Staatsgewalt zur Durchführung eines bestimmten Erkenntnisses widerlegt sich im Allgemeinen schon die von dem Bischofe von Linz gegen die Klage des Curatbeneficiaten erhobene Einwendung der Incompetenz des weltlichen Richters, welche darauf gegründet wird, daß Kläger den von ihm angesprochenen Schadenersatz

aus einer seelsorglichen Amtshandlung des Bischofes ableite, als welche die Absetzung des Klägers von seiner Pfründe und die Nichtverleihung einer neuen Pfründe sich darstelle. Kläger hat in dieser Beziehung das Urtheil der competenten kirchlichen Oberbehörde des geklagten Bischofes beigebracht, wonach die von diesem letzteren verfügte Entsetzung des Klägers von seiner Pfründe als unbegründet aufgehoben wurde. Wenn Kläger gegenwärtig den Ersatz jenes Schadens von dem geklagten Bischofe in Anspruch nimmt, welchen er aus dessen als unbegründet aufgehobenem Urtheile erlitten haben will, so ist dies weder ein kirchlicher Rechtsfall, noch eine kirchliche Disciplinarangelegenheit mehr, in welchen beiden Eigenschaften sie endgiltig durch das Urtheil der Metropoliten erledigt und beendet ist, gehört daher auch nicht mehr zu den in den Art. X und XI des kaiser. Patentes vom 5. November 1855, R. G. Bl. Nr. 195, der geistlichen Jurisdiction vorbehaltenen Angelegenheiten. Das angesprochene Recht zum Schadenersatze ist vielmehr nach der Vorschrift des §. 1338 a. b. G. B. gleich jedem anderen Privatrechte vor dem ordentlichen Richter auszutragen, weil gesetzliche Ausnahmen, wie sie für die aus den Amtshandlungen der Staatsbeamten und Richter entspringenden Ersatzansprüche der Parteien im Hofdecr. vom 14. März 1806, J. G. S. Nr. 758, und der kaiserl. Verordn. vom 12. März 1859, R. G. Bl. Nr. 46, festgestellt sind, bezüglich der Entschädigungsansprüche gegen kirchliche Functionäre aus deren Amtshandlungen nicht bestehen. Es war daher der klägerischen Appellation stattzugeben und das erstrichterliche Urtheil dahin abzuändern, daß die Einwendung der Incompetenz nicht stattfinde.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstgerichtliche Incompetenzerklärung aus folgenden Gründen: Die vorliegende Klage stellt sich nach ihrem Inhalte als eine Schadenersatzklage dar, sie kann also mit Wirkung nur dann geltend gemacht werden, wenn jene Voraussetzungen eintreten, welche in dem Hauptstücke „vom Schadenersatz und der Genugthuung“ im a. b. G. B. als Normen des Anspruches aufgestellt erscheinen. Der Schaden entspringt nach §. 1294 des a. b. G. B. aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eines Andern, oder aus einem Zufalle, und nach §. 1295 ist der Beschädigte berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz jenes Schadens zu verlangen, welchen dieser jenem durch eine widerrechtliche in böser Absicht unternommene Handlung verursacht hat. In so ferne nun eine solche Handlung oder Unterlassung in das Gebiet des Privatrechtes fällt und durch dieselbe Privatrechte verletzt werden, muß allerdings eine Klage auf Schadenersatz nach §. 1338 des a. b. G. B. gleichwie zur Geltendmachung jedes anderen Privatrechtes bei den Civilgerichtsbehörden eingebracht werden. Demnach kommt es bei Entscheidung des vorliegenden Incidenzprozesses einzig und allein darauf an, ob die dem Schadenersatzanspruch des Klägers zur Basis dienende Handlung oder Unterlassung eine in das Gebiet des Privatrechtes fallende ist, und ob die Civil-

gerichte dieselbe einer Beurtheilung zu unterziehen berechtiget sind. Diese Frage muß jedoch verneint werden. Der Kläger leitet seine Ansprüche aus seiner durch den Geklagten verfügten, angeblich widerrechtlichen Entsetzung von seiner Pfründe ab. Diese privatio beneficii ist eine Kirchenstrafe, deren Verhängung ein Ausfluß der hierarchischen Gewalt des Bischofes ist und welche er über die ihm unterstehenden Geistlichen kraft seines kirchlichen Amtes auszusprechen befugt erscheint. Ob nun für die Verhängung einer solchen Strafe die nach den Kirchengesetzen nothwendigen Voraussetzungen vorhanden sind oder nicht, darüber sind die bürgerlichen Gerichte zu entscheiden nicht berufen; vielmehr fällt die Beurtheilung dieser eine interne kirchliche Angelegenheit betreffenden Frage vollständig den dazu berufenen geistlichen Obern anheim. Die den Bischöfen schon durch frühere Gesetze, insbesondere durch den §. 4 der kaiserl. Verordn. vom 18. Aprii 1850, R. G. Bl. Nr. 156 und der Durchführungsverordn. vom 15. Juli 1850, R. G. Bl. Nr. 320 über die ihnen unterstehende Geistlichkeit eingeräumte Strafgewalt ist auch durch den in dieser Beziehung noch in Kraft stehenden Artikel XI des kaiserl. Patentes v. 5. Nov. 1855, R. G. Bl. Nr. 195 bestätigt worden. Sind nun die Gerichte nicht berufen, die Handlung des Geklagten in der Richtung, ob dieselbe eine widerrechtliche war oder nicht, einer Kritik zu unterziehen, darf also eine vorhergehende Untersuchung und ein Ausspruch, daß dem geklagten Bischofe ein zu Ersatz verpflichtendes Verschulden zur Last falle, nicht erfolgen, so kann selbstverständlich auch über einen daraus resultirenden Ersatzanspruch nicht von den bürgerlichen Gerichten entschieden werden. Auch nicht daraus, daß der Beklagte seine Sentenz trotz der Aufhebung der privatio beneficii durch den Metropoliten zu Wien, in Vollzug gesetzt hat, kann ein dem Privatrecht angehörendes Verschulden des Ersteren gefolgert werden und muß dem Metropoliten die Sicherung der Durchführung seines Anspruches überlassen bleiben.

Nr. 3593.

Einfluß der a. o. Revisionsbeschwerde gegen das Urtheil über die Zuständigkeit auf die Frist zur Einrede in der Hauptsache.

Entsch. v. 7. Dec. 1869, Nr. 13835 (Best. des Decr. des H. G. Prag v. 1. Juli 1869, Nr. 39049, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag v. 14. Sept. 1869, Nr. 30730). G. H. 1869, S. 437.

Der Beklagte B war in dem von A gegen ihn angestrengten schriftlichen Proceß mit der Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes von beiden Untergerichten abgewiesen worden und hatte dagegen die a. o. Revisionsbeschwerde ergriffen. Im Zuge des

Revisionsverfahrens begehrte nun A nach Ablauf der von der Zustellung des obergerichtlichen Urtheils berechneten Einredefrist die Inrotulirung der Acten wegen nicht erstatteter Einrede. — Dieses in erster Instanz mit Verweisung auf die schwebende Revision abgeschlagene Gesuch wurde von dem O. L. G. bewilligt, weil in dem Falle der erhobenen Einwendung der Incompetenz die Frist zur Einrede (in merito) nach §. 41 a. G. O. und lit. x der Resolution v. 31. October 1785, J. G. S. Nr. 489 vom Tage der Zustellung des rechtskräftigen Urtheils, womit jene Einwendung verworfen wurde, zu laufen anfangt und die gegen dieses Urtheil eingelegte a. o. Revisionsbeschwerde den Beginn der Einredefrist nicht weiter hinauszuschieben vermag.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid. Gründe: Wenn auch die a. o. Revisionsbeschwerde gegen gleichförmige Urtheile nach Hofdcr. v. 15. Februar 1833, J. G. S. Nr. 2593 die Execution derselben nicht zu hemmen vermag, so muß doch die a. o. Revisionsbeschwerde gegen die gleichförmig den Einwand der Gerichtszuständigkeit abweisenden Urtheile der Untergerichte eine hemmende Wirkung in der Richtung äußern, daß die nach §. 41 a. G. O. zur Erstattung der Einrede offen gebliebene ganze Frist erst vom Tage der Zustellung des in dritter Instanz ergangenen Spruches zu berechnen ist, da die Möglichkeit der Abänderung der untergerichtlichen Urtheile, also der Anerkennung der Grundhältigkeit der Incompetenz-Einwendung doch ganz gewiß vorhanden ist und es demnach keinen vernünftigen Zweck haben kann, den Beklagten vor der Fällung und Intimation der oberstgerichtlichen Entscheidung zur Erstattung der Einrede bei einem vielleicht unzuständigen Gerichte anzuhalten.

Nr. 3594.

Zulässigkeit des Begehrens der actorischen Caution nach Einlassung auf den Streit?

Entsch. v. 7. Dec. 1869, Nr. 13848 (Best. des das Decr. des L. G. Wien v. 20. August 1869, Nr. 39519, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 7. Oct. 1869, Nr. 20123). G. Z. 1870, Nr. 8. G. H. 1870, Nr. 155.

Das Gesuch der Firma B um Auflage der actorischen Caution an den Kläger A wurde von dem obersten Gerichtshof abgewiesen, weil mit Rücksicht darauf, daß die beklagte Firma gegen die Annahme und aufrechte Verbescheidung der Klage keine Beschwerde erhoben, mit dem Kläger die Einleitung des schriftlichen Verfahrens vereinbart und Fristen zur Erstattung der Einrede angesucht hat, mit Grund angenommen werden kann, daß dieselbe auf Sicherstellung der Gerichtskosten zu dringen früher keinen Anlaß gefunden hat; weil die Verhandlung

über das erst nach einiger Zeit vorgebrachte Begehren nichts ergeben hat, woraus sich entnehmen ließe, daß etwa in den Vermögensumständen des Klägers inzwischen eine solche Veränderung, welche zu dem gestellten Begehren einen begründeten Anlaß geben konnte, eingetreten sei, und weil es keinesfalls im Sinne des Gesetzes liegt, daß der Lauf einer bereits anhängig gewordenen Streitverhandlung durch ein nachträgliches Begehren um Sicherstellung der Gerichtskosten unterbrochen werde.

Nr. 3595.

Unzulässigkeit der Sistirung der Execution auf Grund der gerichtlichen Hinterlegung der Schuld.

Entsch. v. 7. Dec. 1869, Nr. 13953 (Best. des das Decr. des B. G. Krems v. 13. August 1869, Nr. 4851, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 29. Sept. 1869, Nr. 19323). G. H. 1870, S. 60.

Nachdem die A gegen ihre Schuldner B die executive Schätzung der Pfandsache angesucht hatte, deponirte C für B bei Gericht zur Deckung der Schuld pr. 700 fl. und der Kosten den Betrag von 936 fl. Mit Vorlage des Erlagsbescheides begehrte nun B die Einstellung der Execution, welche das Gericht erster Instanz „bis zum Eintritt der Rechtskraft des Erlages" bewilligte. — Von dem O. L. G. wurde das Sistirungsgesuch des B abgewiesen und die Vornahme der von der A begehrten Schätzung der in Execution gezogenen Liegenschaft desselben verordnet, weil die gerichtliche Bestätigung des angenommenen Gelddepositums nicht als eine Urkunde anzusehen ist, aus der das Erlöschen des Executionsrechtes der Recurrentin ohne Weiteres hervorgeht und auf Grund welcher nach dem Hofdcr. vom 22. Juni 1836, J. G. S. Nr. 145 die Execution auf Anlangen des Schuldners sogleich eingestellt werden könnte, da vielmehr über die Wirkung des gemachten Erlages nur nach vorgängigem contradictorischen Verfahren und durch richterliches Urtheil entschieden werden kann, dieses Verfahren aber den Lauf der Execution nicht hemmt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz. Gründe: Nach §. 1425 a. b. G. B. befreit der gerichtliche Erlag der Schuld den Schuldner nur dann von seiner Verbindlichkeit, bewirkt somit nur dann das Erlöschen der Rechte, also auch des Executionsrechtes des Gläubigers, wenn der Erlag als rechtmäßig erkannt ist. Es ist daher das Erlagsanbringen, obgleich es angenommen wurde, für sich allein und ohne die Anerkennung seiner Rechtmäßigkeit nicht geeignet, das Gesuch um Sistirung der Execution zu begründen, um so weniger als die Anstellung der im Hofdcr. vom 22. Juni 1836, Nr. 145 vorgesehenen Klage unterblieben ist.

Nr. 3596.

Vergleichsweise Uebernahme einer Verpflichtung auf den Fall des „Gelangens zum Besitz eines Fideicommisses": Auslegung dieser Clausel.

Entsch. v. 7. Dec. 1869, Nr. 13955 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des L. G. Wien v. 10. Sept. 1869, Nr. 50149 und des O. L. G. Wien v. 13. Oct. 1869, Nr. 20645). G. H. 1869, S. 66.

B, welcher sich zu dem erledigten Fideicommisse X erbserklärt hatte, wurde von der Gemeinde A wegen Zahlung der Zinsenrückstände von dem für die Gemeinde auf dem Fideicommißgut intabulirten Capital belangt und verpflichtete sich, in dem auf die Klage geschlossenen Vergleich zur Zahlung jener Zinsen, im Falle er „als Fideicommißerbe anerkannt und zum Besitz des Fideicommisses gelangen würde." Auf Grund dieses Vergleiches begehrte die Gemeinde die executive Sequestration des Fideicommißgutes, mit Beibringung des Nachweises, daß inzwischen das Alleinerbrecht des B nach vorgängiger Einberufung der Erben von der Fideicommißbehörde anerkannt worden ist und B das Fideicommißgut nunmehr besitzt. — Das Gesuch wurde von beiden Untergerichten wegen der noch nicht erfolgten Einantwortung des Fideicommisses an B (Uebergabe in den rechtlichen Besitz, §. 797 a. b. G. B.) abgewiesen.

Der oberste Gerichthof bewilligte die Sequestration in der Erwägung, daß mit der von Seite des Gerichtes erfolgten Annahme der Erbserklärung des B, mit der gerichtlichen Anerkennung seines Alleinerbrechtes und mit dem von ihm bereits angetretenen physischen Besitz des Fideicommißgutes alle Bedingungen, unter welchen er sich im obenerwähnten Vergleich zur Zahlung der Zinsausstände verpflichtet hat, als eingetreten anzusehen sind und die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit nach dem Vergleiche nicht bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Einantwortung des Fideicommisses aufgeschoben erscheint.

Nr. 3597.

Recurs gegen die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen eine durch Verschulden des Anwaltes versäumte Frist.

Entsch. v. 7. Dec. 1869, Nr. 13972 (Best. des Decr. des O. L. G. Wien v. 29. Sept. 1869, Nr. 19395). G. H. 1870, S. 27.

Dem Kläger wurde die wegen schlechter Vertretung angesuchte Restitution gegen die von seinem Advocaten aus Unachtsamkeit versäumte Frist zur Replik bewilligt. Dagegen recurrirte der Beklagte an

das O. L. G., welches den Recurs als unzulässig abwies. In dem Revisionsrecurs bestritt nun der Beklagte die Richtigkeit der obergerichtlichen Entscheidung, indem er behauptete, daß die Bewilligung eines Restitutionsgesuches wegen schlechter Vertretung anfechtbar sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Revisionsrecurs, weil hier die Wiedereinsetzung zwar wegen eines in der Versäumung der Frist zur Replik gelegenen Verschuldens des früheren Vertreters des Klägers, allein immer nur gegen die verstrichene Fallfrist und zur Erlangung einer neuen Frist für die Replik begehrt und ertheilt wurde, mithin allerdings der im ersten Absatz des Patentes vom 1. Juli 1790, J. G. S. Nr. 31 behandelte Restitutionsfall vorliegt, in welchem gegen den die Restitution bewilligenden Bescheid kein weiterer Rechtszug stattfindet.

Nr. 3598.

Behandlung der Sequestrationskosten bei der Meistgebotsvertheilung.

Entsch. v. 9. Dec. 1869, Nr. 13783 (Best. des das Decr. des B. G. Königsaal v. 8. Juni 1868, Nr. 2949, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 16. Februar 1869, Nr. 1742). G. H. 1870, S. 47.

Bei der Vertheilung des Erlöses der executiven Feilbietung einer Liegenschaft, welche auf Einschreiten des Tabulargläubigers A auch sequestrirt worden war, wurde demselben nebst dem Betrage seiner Pfandforderung der Betrag der von ihm bestrittenen Sequestrationskosten auf den Versteigerungserlös angewiesen; wogegen das O. L. G. diese Sequestrationskosten aus der Vertheilung ausschied und auf den Betrag derselben die dem A nachfolgenden Pfandgläubiger anwies.

Auf den Recurs des A, worin er geltend machte, daß die Sequestrationskosten von ihm genau nachgewiesen und von dem Executen ausdrücklich, von sämmtlichen Tabulargläubigern stillschweigend — durch die ihrerseits unterlassene Bemängelung derselben — genehmigt wurden, bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz, weil der Gläubiger durch die executive Sequestration ein Pfandrecht nur an den Früchten der sequestrirten Liegenschaft nach geschehener Absonderung erhält, daher den Sequestrationskosten ein Pfandrecht an der Realität selbst und an den noch hängenden Früchten derselben nicht zukommt, weshalb bei der Vertheilung des Meistgebotes für die zwangsweise verkaufte Realität auf die Kosten der executiven Sequestration keine Rücksicht genommen werden kann.

Nr. 3599.

Zahlungsanweisung eines Kaufschillings: Exceptio non impleti contractus gegen den Assignatar.

Entsch. v. 10. Dec. 1869, Nr. 10412 (Best. des das Urth. des B. G. Krzeszowice v. 31. Dec. 1868, Nr. 5191, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 2. Juni 1869, Nr. 1211). G. H. 1870, S. 143.

C verkaufte dem B Heu um 187 fl., welche er seinem Wechselgläubiger A anwies; B zahlte dem A sofort 100 fl. und versprach die Zahlung des Restes nach kurzer Frist; A, damit zufrieden, quittirte den Wechsel und stellte denselben dem C zurück. Die von B versprochene Zahlung der übrigen 87 fl. unterblieb, weil C ihm das verkaufte Heu nicht geliefert hatte, und nun belangte A den B auf die Zahlung. Der Beklagte, welcher sich mit der Einrede des von C nicht erfüllten Kaufvertrages vertheidigte, wurde in erster Instanz zur Zahlung der angesprochenen 87 fl. verurtheilt, weil das Gericht den Assignanten C, dem Assignaten B gegenüber, durch die Quittirung der Wechselschuld des C gemäß §. 1407 a. b. G. B. von jeder Haftung für befreit ansah und das von A, B und C geschlossene Geschäft als eine vollständige Assignation nach §. 1401 ebendort annahm. — Das O. L. G. hingegen absolvirte den Beklagten aus folgenden Gründen: C hat dem A nur den Kaufschilling, mithin die Zahlung bei B nur insoferne angewiesen, als dieser sie dem C zu leisten schuldig war. Diese Anweisung ist für den Assignatar A nur eine Cession und begründete zwischen ihm und dem Assignaten B dasselbe Verhältniß, welches zwischen dem Cessionär und dem von der Abtretung verständigten Cessus besteht. Bei der im §. 1394 a. b. G. B. ausgesprochenen Identität der Rechte des Cessionärs mit jenen des Cedenten, kann daher A von B nicht mehr fordern, als dieser dem C schuldig war. So wie nun C, um die Zahlung des Kaufschillings von B fordern zu können, seine Verbindlichkeit als Verkäufer (zur Lieferung des verkauften Heu's) hätte erfüllen oder hiezu sich bereit erklären müssen (§§. 1052 und 1066 a. b. G. B.), mußte nun sein Cessionär A den Beweis erbringen, daß C dem B das Heu geliefert hat, oder hiezu bereit gewesen ist. Diesen Beweis hat aber A nicht hergestellt.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das oberlandesgerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3600.

Mandatsproceß: Gleichzeitige Bewilligung der executiven Einverleibung des Pfandrechtes und der Schätzung.

Entsch. v. 10. Dec. 1869, Nr. 13954 (Best. des Decr. des B. G. Persenbeug v. 27. Sept. 1869, Nr. 2691, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 20. Oct. 1869, Nr. 21422). G. H. 1870, S. 70 und 158.

Auf Grund eines rechtskräftigen Zahlungsbefehles begehrte der Gläubiger die executive Einverleibung des Pfandrechtes an der Liegenschaft des Schuldners und die Schätzung derselben. Das Gesuch um die gleichzeitige executive Schätzung wurde in zweiter Instanz abgewiesen, weil für die Execution der nach der Just.-Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130 erlassenen Zahlungsauflagen zufolge §. 8 der kaiserl. Verordn. vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95 die Vorschriften des summarischen Processes zu gelten haben, nach welchen (§. 53 des Just.-Hofdcr. vom 24. October 1845, Nr. 906) aber die executive Pfändung und Schätzung unter Einem nur bei beweglichen Sachen angesucht werden kann.

Der oberste Gerichtshof bewilligte auch die Schätzung. Gründe: Wenn auch für die Execution der nach Just.-Min.-Verordn. v. 18. Juli 1859, Nr. 130 ergangenen Zahlungsbefehle, vermöge §. 8 der kaiserl. Verordn. v. 21. Mai 1855, Nr. 96 die Vorschriften des summarischen Verfahrens zu gelten haben, wornach nur die Mobilarschätzung gleichzeitig mit der Pfändung bewilligt werden darf, so ergibt sich doch aus den §§. 4 und 12 der Just.-Min.-Verordn. vom 18. Juli 1859, Nr. 130, daß diese beiden Executionsarten für die Execution zur Sicherstellung auch bei unbeweglichen Sachen gleichzeitig stattfinden können, umsomehr also für die Execution des bereits rechtskräftigen Zahlungsbefehles.

Nr. 3601.

Provisorischer Arrest: Verdacht der Flucht.

Entsch. v. 11. Dec. 1869, Nr. 14266 (Best. des das Decr. des H. G. Wien v. 17. Nov. 1869, Nr. 120236, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 27. Nov. 1869, Nr. 34373). G. H. 1870, S. 83.

Das Gesuch des A um Verhängung des vorsichtsweisen Arrestes über seinen in Wien etablirten Schuldner B war mit dem von zwei Wiener Kaufleuten ausgestellten Zeugnisse belegt, daß B aus seinem Verkaufslocale und aus seiner Wohnung Sachen wegschaffe, daß von ihm jede Auskunft, wohin dieselben gebracht werden, verweigert werde und daß anderwärts diese Auskunft nicht zu erlangen sei. — Das

O. L. G. hielt dafür, daß das Wegschaffen der Einrichtung und des Waarenlagers aus der Wohnung und aus dem Verkaufsgewölbe für sich allein den Verdacht, daß B im Begriff stehe, wegen Schulden die Flucht zu ergreifen (§. 275 a. G. O.), zu begründen nicht geeignet sei, und verweigerte deshalb die Verfügung des in erster Instanz bewilligten Arrestes.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz mit Bezugnahme auf die Gründe derselben.

Nr. 3602.

Sühneversuch vor der Ehescheidung: Unzulässigkeit der Entsendung eines Bevollmächtigten, sowie der abgesonderten Vornahme des Sühneversuches bei verschiedenen Gerichten.

Entsch. v. 14. Dec. 1869, Nr. 13995 (Best. des Decr. des B. G. Wels vom 4. Oct. 1869, Nr. 2242, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien v. 27. Oct. 1869, Nr. 21915). G. H. 1870, S. 59.

Das Gesuch der in Prag befindlichen Scheidungsklägerin A, in dem beim K. G. Wels anhängigen Scheidungsproceß den vorgeschriebenen Sühnenversuch bei diesem Gerichte mit dem Beklagten allein vorzunehmen, dagegen die Vornahme des Sühneversuches mit ihr bei dem L. G. in Prag zu veranlassen, oder für den in Wels vorzunehmenden Sühneversuch an ihrer Stelle ihren Bevollmächtigten zuzulassen, war auf die ärztlich bezeugte Anführung gestützt, daß die gestörte Gesundheit der Klägerin ihr die Reise nach Wels nicht gestatte. — Auf dieses in erster Instanz abgewiesene Gesuch hat das O. L. G. dem Proceßgerichte aufgetragen, die abgesonderte Vornahme des Sühneversuches mit der A bei dem L. G. in Prag zu veranlassen, weil dieselbe weder durch die §§. 104 und 107 des a. b. G. B. noch durch das Gesetz vom 31. December 1868, R. G. Bl. Nr. 3 v. 1869 ausgeschlossen sei.

In Erwägung, daß der Klägerin, insoferne ihr Begehren darauf gestützt ist, daß ihr Gesundheitszustand die Reise nach Wels nicht gestattet, in dem Bescheid des Gerichtes erster Instanz ohnehin das Ansuchen um Vertagung des Sühneversuches im Falle entgegenstehender wichtiger Hindernisse offen gehalten wurde; daß aber andererseits ohne ein unüberwindliches Hinderniß, dessen Dasein im vorliegenden Falle nicht constatirt ist, die Enthebung der auf Scheidung klagenden Partei von dem persönlichen Erscheinen zum Sühneversuch oder die abgesonderte Vornahme dieses Versuches bei verschiedenen Gerichten nicht als im Sinne des Gesetzes gelegen erkannt werden kann, da die Aussöhnung der Eheleute, welche durch die an sie gerichteten Vor-

stellungen erreicht werden soll, wesentlich durch eine entsprechende unmittelbare Einwirkung auf dieselben bedingt ist; daß ohne die persönliche und gleichzeitige Anwesenheit beider Ehegatten und ohne die gleichzeitige und unmittelbare Vernehmung der Beschwerdegründe des einen und der Erwiderung des anderen Theiles eine entsprechende Einrichtung der Ermahnungen und Vorstellungen nicht zu erwarten ist; daß die Vornahme des Sühneversuches mit dem die Scheidung nicht verlangenden Beklagten allein an sich ganz überflüssig und der Erfolg des Versuches mit der Klägerin allein durch die Beseitigung des Einflusses des zur Aussöhnung bereiten anderen Theiles vornherein in Frage gestellt wäre; daß endlich auch aus den Bestimmungen der §§. 2 und 3 des Hofdcr. v. 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 hervorgeht, daß im Ehescheidungsverfahren die streitenden Theile vor dem Proceßgerichte persönlich zu erscheinen haben und daß von diesem Gerichte der dort vorgeschriebene Vergleichsversuch vorzunehmen ist, — hat der oberste Gerichtshof den erstgerichtlichen Bescheid bestätigt.

Nr. 3603.

Freiheit des Nachlasses der Militärpersonen von den Wohlthätigkeitsgebühren trotz des Ueberganges dieser Verlassenschaftsabhandlungen an die Civilgerichte.

Entsch. v. 14. Dec. 1869, Nr. 13999 (Best. des das Decr. des B. G. Neubau in Wien v. 26. Sept. 1869, Nr. 13376, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 27. Oct. 1869, Nr. 21653). G. Z. 1870, S. 51.

Das B. G. Neubau in Wien, auf welches die Abhandlung des Nachlasses der im Jahre 1868 verstorbenen Officiersfrau in Folge des Gesetzes vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78 von dem Militärgerichte übergegangen war, bemaß von der Verlassenschaft die für den allgemeinen Krankenhausfond und für den Versorgungsfond zu entrichtenden Gebühren. — Das O. L. G. entschied, daß die Verlassenschaft dieser Gebührenpflicht nicht unterliege. Dagegen recurrirte die Finanzprocuratur, welche geltend machte, daß, wenn nach dem Hofdcr. vom 28. April 1807, J. G. S. Nr. 809 von den Verlassenschaften der der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Personen für die Wohlthätigkeits- und Krankenfonde keine Gebühr abzunehmen war, zur Zeit, wo die Militärgerichtsbarkeit in Verlassenschaftssachen durch das Gesetz vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78 aufgehoben ist, auch bei den Verlassenschaften der Militärpersonen die allgemeine Gebührenpflicht zu Gunsten der besagten Fonde eingetreten sei.

Der oberste Gerichtshof verwarf den Recurs in Erwägung, daß das Hofdcr. vom 28. April 1807, Nr. 809; welches die Befreiung

von der Gebührenpflicht ausgesprochen hat, bisher durch kein Gesetz abgeändert oder aufgehoben worden ist, und daß, da jene Befreiung nicht in dem Jurisdictionsverhältniß und in der Eigenschaft des zur Verlassenschaftsabhandlung berufenen Gerichtes, sondern in Rücksichten und Verhältnissen anderer Art ihren Grund hat, aus der mit dem Gesetze vom 20. Mai 1869, Nr. 78 herbeigeführten Aenderung in der Competenz zur Verlassenschaftsabhandlung noch nicht die Aufhebung jener Befreiung gefolgert werden kann.

Nr. 3604.

Zurückweisung der Erbserklärung unehelicher Geschwister ex lege.

Entsch. v. 14. Dec. 1869, Nr. 14269 (Best. des das Decr. des B. G. Gutenstein v. 29. Oct. 1869, Nr. 1884, abänd. Decr. des O. L. G. Wien v. 10. Nov. 1869, Nr. 22895). G. H. 1870, S. 102.

Die von dem Abhandlungsgericht angenommene Erbserklärung der außerehelichen Geschwister des ohne letztwillige Anordnung verstorbenen M wurde von dem obersten Gerichtshof in Uebereinstimmung mit der zweiten Instanz abgewiesen, weil die in der Erbserklärung als Rechtstitel angegebene außereheliche Verwandtschaft der Geschwister des Erblassers mit demselben nach den §§. 754 und 756 a. b. G. B. ihnen kein Erbrecht verleiht, bei jeder Erbserklärung aber ein giltiger Titel angegeben sein muß, wenn auch dessen Ausweis später nachfolgen kann (§. 799 a. b. G. B. und §. 121 des Gesetzes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208).

Nr. 3605.

Bestreitung der ehelichen Geburt wegen Schwangerschaft vor der Ehe: Beweislast bei der Klage auf Anerkennung der Ehelichkeit der Geburt. — Unzulässigkeit des Haupteides über die Kenntniß eines Umstandes. Unzulässigkeit der Ergänzung der von der Partei vorgeschlagenen Eidesformel aus anderweitig von ihr beigebrachten Behelfen. Berechtigung der höheren Instanz, statt eines von ihr für unzulässig erkannten Eides auf einen anderen zu erkennen, gegen dessen Ausschließung der Beweisführer nicht appellirte.

Entsch. v. 15. Dec. 1869, Nr. 8637 (Abänd. der Urth. des L. G. Salzburg v. 27. Jänner 1869, Nr. 61 und des O. L. G. Wien v. 29. April 1869, Nr. 5107). G. Z. 1870, Nr. 71.

Der Vormund eines Kindes, dessen eheliche Geburt von dem Gatten der Mutter im Sinne des §. 156 des a. b. G. B. gerichtlich

widersprochen worden war, belangte beide Ehegatten auf Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes. Das Gericht erster Instanz erkannte auf den Haupteid des geklagten Ehemannes, „daß ihm die Schwangerschaft seiner Gattin vor seiner Verehelichung mit ihr bekannt war". — Das O. L. G. hingegen erkannte auf die folgenden, dem Ehemann aufgetragenen Haupteide: „1. Es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, daß ihm seine nunmehrige Gattin schon im December 1867 und dann noch mehrmals bis zu ihrer am 27. Februar 1868 erfolgten Verehelichung gesagt habe, daß sie von ihm in der Hoffnung sei und daß er selbst vor Schließung der Ehe mit seiner oberwähnten Gattin ihre Schwangerschaft wahrgenommen habe; 2. Es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, daß er seiner nunmehrigen Gattin innerhalb der Zeit vom 12. September 1867 bis 12. Jänner 1868 fleischlich beigewohnt habe." Gründe der zweiten Instanz: Der Geklagte hat mit der Eingabe v. 24. August 1868 widersprochen, daß er der Vater des Kindes sei, welches von seiner Gattin, mit der er sich am 24. Februar 1868 verehelicht hatte, am 12. Juli 1868 geboren wurde. Dieser Widerspruch könnte nicht als rechtlich angesehen werden, wenn dem Geklagten vor der Verehelichung die Schwangerschaft seiner nunmehrigen Gattin bekannt war, weil der §. 156 des a. b. G. B. nur im entgegengesetzten Falle dem Gatten das Recht einräumt, die eheliche Geburt gerichtlich zu widersprechen und so die im §. 155 des a. b. G. B. aufgestellte rechtliche Vermuthung der unehelichen Geburt zur Geltung zu bringen. Der in dem appellirten Urtheile formulirte Eid, daß dem Geklagten die Schwangerschaft seiner Gattin vor seiner Verehelichung mit dieser bekannt war, erschien jedoch nach §. 203 der a. G. O. als unzuläßig, weil der Haupteid nur über Thatsachen aufgetragen werden und das Wissen im abstracten Sinne als ein Act des inneren Bewußtseins niemals den Gegenstand eines Beweises bilden kann. Wenn es aber, wie in der von der Gattin des Geklagten unterfertigten Information vom 27. November 1868 angegeben ist, wahr wäre, daß sie dem Geklagten vor ihrer Verehelichung wiederholt mittheilte, sie sei von ihm in der Hoffnung, dann daß er selbst vor der mit ihr eingegangenen Ehe ihre Schwangerschaft wahrgenommen habe, so würde durch diese Thatsachen darüber jeder Zweifel ausgeschlossen, daß dem Geklagten schon vor dem erwähnten Zeitpunkte die Schwangerschaft seiner Gattin bekannt war, wobei es gleichgiltig ist, ob er vielleicht einen Anderen als den Urheber derselben angesehen habe. Im Contexte der Replik sind zwar die in der Information enthaltenen Umstände nicht besonders aufgeführt, allein aus der betreffenden Stelle dieser Satzschrift, wo auf diese Information Bezug genommen wird, geht zweifellos hervor, daß der Kläger, indem er hiebei der Auftragung des Haupteides erwähnt, dieselbe auf die in der Information angegebenen Thatsachen bezogen habe. Dies wurde auch vom Geklagten selbst anerkannt,

23*

da er in der Duplik bemerkt, daß der Eid über die Thatsache in der Information unzulässig sei. Es war daher auf den Haupteid über die obenerwähnten entscheidenden Umstände zu erkennen und zugleich die Entscheidung der Streitsache von dem weiters durch Delation des Haupteides an den Geklagten zu erweisenden Umstande, daß der Geklagte seiner nunmehrigen Gattin in der Zeit vom 12. September 1867 bis 12. Jänner 1868 fleischlich beigewohnt habe, abhängig zu machen; denn wäre dies der Fall gewesen, so müßte der Geklagte, auch wenn er die eheliche Geburt des von seiner Gattin am 12. Juli 1868 geborenen Kindes nicht widersprochen hätte, dennoch nach §. 163 des a. b. G. B. als Vater des Kindes angesehen, das Kind selbst aber nach §. 161 als ehelich erzeugt betrachtet werden. Der Zulässigkeit des eben erwähnten Haupteides über den außerehelichen Beischlaf steht nicht entgegen, daß der Kläger gegen das erstrichterliche Urtheil nicht appellirt hat und daß also auf einen von dem Kläger angebotenen Beweis erkannt wird, gegen dessen Nichtzulassung der Kläger selbst nicht Beschwerde führt; denn nachdem der Appellation des Geklagten dahin stattgegeben wird, daß die Entscheidung des Processes nicht von dem vom ersten Richter zugelassenen Beweise abhängig gemacht werden könne, mußte dem oberen Richter die freie Beurtheilung zustehen, ob dem Klagebegehren wohl dennoch unter anderen Bedingungen stattzugeben sei. Nur eine unbedingte Zuerkennung des angesprochenen Rechtes wäre unstatthaft, weil durch eine solche die Lage des nicht appellirenden Klägers verbessert würde. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn auf andere Beweise, als auf jene vom ersten Richter zugelassenen erkannt wird, obgleich diese Beweise andere Umstände als jene betreffen, welche vom ersten Richter für entscheidend angesehen wurden. Nur im Falle der Geklagte sowohl die auf seine Kenntniß von der Schwangerschaft seiner Gattin Bezug habenden Thatsachen, als auch die vor der Ehe in der angegebenen Zeit stattgehabte Beiwohnung eidlich widerspricht, ist das von seiner Gattin am 12. Juli 1868 geborene Kind nicht als ein ehelich erzeugtes anzusehen. Damit das Klagebegehren abgewiesen werde, liegt daher dem Geklagten ob, beide gelassenen Haupteide abzulegen.

Der oberste Gerichtshof erkannte nur auf den von dem Geklagten abzulegenden Haupteid: „daß er seines Wissens und Erinnerns seiner nunmehrigen Gattin innerhalb der Zeit vom 12. September 1867 bis 12. Jänner 1868 fleischlich nicht beigewohnt habe.“ Gründe: Wenn auch in dem nach §. 156 des a. b. G. B. eingelegten gerichtlichen Widerspruche der Ehelichkeit eines Kindes eine Art Aufforderung für dessen Vertreter enthalten ist, die eheliche Geburt desselben geltend zu machen, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß es Aufgabe der durch jenen Widerstand hervorgerufenen Klage ist, das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen, worauf nach den §§. 155 und 156 des a. b. G. B die rechtliche Vermuthung der unehelichen Geburt

beruht, darzuthun, also in dem Falle, daß dem Manne die Schwangerschaft seiner Gattin schon vor der Verehelichung bekannt war, das Klagebegehren auf diesen die rechtliche Vermuthung der unehelichen Geburt ausschließenden Umstand zu stützen. Es kann aber weder der in erster Instanz, noch der in zweiter Instanz zum Beweise dieses vom Geklagten widersprochenen Umstandes zugelassene Haupteid beibehalten werden, weil der erstere nur über einen inneren Zustand (daß dem Geklagten die Schwangerschaft seiner Gattin vor der Verehelichung bekannt war) und nicht über eine äußerlich wahrnehmbare Thatsache, wodurch der Geklagte von der Schwangerschaft Kenntniß erhielt oder diese Kenntniß zu erkennen gab, aufgetragen ist, der vom O. L. G. zugelassene Haupteid aber solche Thatsachen enthält, welche vom Kläger weder in einer Satzschrift angeführt, noch zum Gegenstande der Eidesauftragung gemacht wurden, sondern nur den in einer Replikbeilage als besonderes Beweismittel beigebrachten Angaben der Gattin des Geklagten entnommen sind. Da jedoch die Vermuthung der unehelichen Geburt auch dann entfällt, wenn Kläger eine Thatsache, aus welcher nach §. 163 des a. b. G. B. die Vaterschaft des Geklagten und nach §. 161 des a. b. G. B. die Ehelichkeit des Kindes folgen würde, beweiset, und Kläger schon in der Klage das Klagebegehren auch auf den Umstand, daß der Geklagte in der im §. 163 a. b. G. B. bestimmten Zeit seiner Ehegattin schon vor der Verehelichung beigewohnt habe, gestützt und darüber dem Geklagten den Haupteid aufgetragen hat, stand es dem höheren Richter zu, in Ermangelung eines zulässigen Beweises über den Umstand, daß dem Geklagten die Schwangerschaft seiner Gattin schon vor der Verehelichung bekannt war, doch für den Fall der Herstellung des Beweises, daß der Geklagte nach §. 163 des a. b. G. B. für den Vater des von seiner Gattin am 12. Juli 1868 geborenen Kindes zu halten sei, dem Klagebegehren stattzugeben, und es war demnach die Entscheidung lediglich von dem in letzterer Richtung dem Geklagten aufgetragenen Haupteide abhängig zu machen.

Nr. 3606.

Paternitätsklage: Beweislast hinsichtlich der Selbsterhaltungsfähigkeit des unehelichen Kindes.

Entsch. v. 16. Dec. 1869, Nr. 7082 (Best. des das Urth. des B. G. Gradisca v. 28. Februar 1868, Nr. 2822, abänd. Urth. des O. L. G. Triest v. 30. Sept. 1868, Nr. 4406). G. H. 1870, S. 186.

Die Klage der A für ihren unehelichen siebzehnjährigen Sohn gegen B wegen Anerkennung der Paternität und Leistung des Unterhaltes wurde in erster Instanz ohne Zulassung des Eidbeweises für

die von B abgeleugnete Beiwohnung in der kritischen Zeit abgewiesen, weil in Folge der Einwendung des Beklagten, daß das Kind der A vermöge seines Alters von 17 Jahren die Selbsterhaltungsfähigkeit besitze, der Klägerin der Beweis des Gegentheils oblag, den sie nicht geliefert habe. — Das O. L. G. hingegen verurtheilte den B, für den Fall des durch den Haupteid hergestellten Beweises seiner Vaterschaft, zur Alimentation in der Erwägung, daß die eingetretene Fähigkeit des Kindes, sich selbst zu erhalten, von dem Beklagten, welcher dieses Ereigniß angeführt hat und auf Grund desselben seine Verbindlichkeit zur Leistung des Unterhaltes bestreitet, nach den allgemeinen Beweisregeln von ihm bewiesen werden mußte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Urtheil aus dessen Gründen.

Nr. 3607.

Gleichzeitige Ueberreichung mehrerer Grundbuchseingaben?

Entsch. v. 16. Dec. 1869, Nr. 14210 (Best. des Decr. des B. G. Krakau v. 19. Sept. 1869, Nr. 3280, Abänd. des Decr. des O. L. G. Prag vom 19. Oct. 1869, Nr. 40743). Zeitschr. f. d. Notariat 1870, Nr. 12.

Die von dem Notar A an Einem Tag überreichten neun Gesuche der Parteien C, D, E, F, G, H, J, K, L um Pränotation ihrer Forderungen gegen B auf dessen Liegenschaften wurden im Einreichungsprotokoll unter fortlaufenden Zahlen eingetragen, mit dem Vermerk bei den Gesuchen des K und L, daß dieselben gleichzeitig überreicht worden sind. — Das B. G. hat die Pränotationen, darunter jene von K und L mit der gleichen Rangordnung, bewilligt. Dagegen recurrirte L an das O. L. G. mit dem Begehren um Pränotation der in allen neun Gesuchen bezeichneten Forderungen in der gleichen Rangordnung. — In Folge dieses Recurses ließ das O. L. G. den Vorgang, sowie er im Einreichungsprotokoll der ersten Instanz stattgefunden hat, erheben und es ergab sich aus den Anführungen des Einreichungsprotokollisten und des bezirksgerichtlichen Adjuncten, mit welchen die Angaben des Notars A übereinstimmten, daß der Letztere die Gesuche von C, D, E, F, G, H und J, eines nach dem andern, sodann unter Einem die Gesuche des K und L mit der Erklärung der gleichzeitigen Uebergabe, eingereicht hat. — In Erwägung, daß nach diesem Sachverhalt alle neun von Einer Person zu derselben Zeit in das Einreichungsprotokoll gebrachten Gesuche, trotz der stückweise vollzogenen Uebergabe, als gleichzeitig überreicht angesehen werden müssen und daß dieses Factum dadurch, daß der Ueberbringer A die gleichzeitige Uebergabe nur bei den Gesuchen des K und L ausdrücklich angeregt hat, nicht als ausgeschlossen betrachtet werden kann, weil

desfalls nicht die Erklärung des Ueberbringers, sondern nur die gesetzliche Vorschrift maßgebend ist, — hat das O. L. G. dem Recurs stattgegeben und die Pränotation der in sämmtlichen neun Gesuchen bezeichneten Forderungen in gleicher Rangordnung bewilligt. — Nun recurrirte der Notar A gegen die dem K und L bewilligte gleiche Rangordnung mit C bis J.

Der oberste Gerichtshof nahm als bewiesen an, daß die Gesuche des C bis J nicht gleichzeitig mit den allein gleichzeitig angebrachten Gesuchen des K und L übergeben wurden, und hielt dafür, daß der Umstand der von Einer Person geschehenen Ueberreichung aller Gesuche nicht berechtigt, dieselben gegen den Willen des Uebergebers und gegen die Thatsache der successiven Ueberreichung als gleichzeitig überreicht zu erklären, und daß die Frage, ob der Notar A zur successiven Ueberreichung auch ermächtigt war, auf den Umstand, daß er thatsächlich sie successiv überreicht hat, keinen Einfluß nimmt. Da mithin der §. 118 der Gerichtsinstruction vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. Nr 81 nur auf die Gesuche des K und L, nicht auf alle neun Eingaben Anwendung findet, bestätigte der oberste Gerichtshof den Bescheid der ersten Instanz *).

Nr. 3608.

Formulirung eines durch mehrere Eide bedingten Endurtheiles.

Entsch. v. 21. Dec. 1869, Nr. 6458 (theilweise Abänd. der gleichförmigen Urth. des K. G. Böhmisch-Leipa v. 29. Juli 1868, Nr. 2070 und des O. L. G. Prag v. 12. Jänner 1869, Nr. 33473). G. Z. 1870, Nr. 5.

A hatte den B auf Zahlung eines Kaufschillingsrestes von 1000 fl. für von B auf eigene Rechnung übernommene Waaren geklagt, und dieser eingewendet, daß A ihm von seiner ganzen Schuld einen Nachlaß von 600 fl. gewährt, ihm ferner auch den commissionsweisen Verkauf seiner Waare mit 1 % Provision übertragen, daß er in dieser Eigenschaft Waare um 70.000 fl. verkauft, daher an Provision 700 fl. zu fordern habe und trug dem A über diese drei Umstände, durch welche sich für ihn ein die eingeklagte Summe noch um 300 fl. übersteigendes Guthaben zeige, den Haupteid auf. — Das Gericht erster Instanz machte die Zahlungspflicht des B für die vollen 1000 fl. von der Ablegung aller drei Haupteide abhängig. Dagegen appellirten beide Theile, indem sie sich darüber

---

*) Anmerkung. Die oberstgerichtliche Entscheidung dürfte auch nach Eintritt der Wirksamkeit des allgem. Grundbuchsgesetzes vom 25. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95 von Belang sein, weil in diesem Gesetz der Begriff „gleichzeitig eingelangter Eingaben“ (§§. 29, 103) nicht bestimmt ist.

beschwerten, daß die Haupteide nicht getrennt wurden, und nach Ergebniß derselben nicht auch der Ausspruch blos über einen Theil der 1000 fl. geschehen ist. Allein das O. L. G. bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit der Begründung, „daß der Kläger die sämmtlichen Gegenforderungen des Geklagten widersprochen hat und daß die Umstände, welche sie begründen, in einem inneren Zusammenhange stehen".

Der oberste Gerichtshof hingegen erkannte, daß der Geklagte 1000 fl. dann zu zahlen habe, wenn der Beweis durch alle drei Haupteide zu Gunsten des Klägers ausfällt, dagegen blos 300 fl., wenn zwar nicht der Beweis durch den ersten Haupteid über den Nachlaß von 600 fl., wohl aber jener durch die beiden letzteren Haupteide über Bestellung des B als Commissionär mit einer Provision von 1 % und über den commissionsweisen Verkauf in der Höhe von 70.000 fl. zu Gunsten des Geklagten hergestellt wird, und nur einen Betrag von 400 fl., wenn allein der Beweis durch den ersten Haupteid über den zugestandenen Nachlaß von 600 fl. für den Geklagten ausfällt. Die Begründung ging dahin, daß mit der durch Ablegung aller drei Haupteide bedingten Zuerkennung der 1000 fl. dem Geklagten eine Zahlung auferlegt werden könnte, zu welcher er nicht verpflichtet ist, da er vielmehr berechtigt ist, von den 1000 fl. die 600 fl. abzurechnen, wenn mittelst des ersten Haupteides der in diesem Betrage ihm gewährte Nachlaß dargethan wird, und, wenn dieser Beweis nicht erbracht wird, doch 700 fl. abrechnen darf, sobald durch die Haupteide 2 und 3 sein Recht zum Bezuge einer Provision von 1 % von um 70.000 fl. verkaufte Commissionswaaren außer Zweifel gesetzt wird.

Nr. 3609.

Meistgebotsvertheilung: über drei Jahre ausständige intabulirte Zinsen.

Entsch. v. 21. Dec. 1869, Nr. 14344 (Best. der gleichförmigen Decr. des B. G. Hainburg v. 16. Sept. 1869, Nr. 1961 und des O. L. G. Wien v. 3. Nov. 1869, Nr. 22128). G. H. 1870, S. 45.

Bei der Vertheilung des Erlöses aus der executiven Versteigerung einer Liegenschaft wurde von beiden Untergerichten einem Interessenausstand von mehr als drei Jahren die Priorität der Capitalsforderung eingeräumt, weil der Pfandgläubiger auch für seine älteren Zinsenausstände das executive Pfandrecht erwirkt hatte und dieses executive Pfandrecht mit der gleichen Priorität des Capitales einverleibt worden war.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die untergerichtlichen Erledigungen, weil die vom Satzgläubiger angesprochenen und liquidirten Interessen sich auf gerichtliche Vergleiche gründen (Min.-Verordn. v. 21. Juli 1858, R. G. B. Nr. 105), an dem Platze, wo die diesfälligen Capitale haften, executiv einverleibt sind und bei der Zuweisung eines Meistgebotes der Grundbuchsstand maßgebend ist.

Nr. 3610.

Unzuständigkeit der Gerichte bei Störungen von Gemeinden in der Benützung öffentlicher Wege.

Entsch. v. 21. Dec. 1869, Nr. 14392 (Aufheb. des Decr. des B. G. Ischl v. 6. Juli 1869, Nr. 2041). G. Z. 1870, Nr. 17.

Die Gemeinde Ischl hatte gegen das Forstärar bei dem B. G. Ischl aus dem Grunde eine Besitzstörungsklage angebracht, weil letzteres eine Grundparzelle verzäunt habe, die früher allen Insassen der zur Marktgemeinde Ischl gehörigen Steuergemeinde Pernek zur freien Benützung überlassen war und als nothwendige Ausweichstelle beim Begegnen von Fuhrwerken auf dem die Parcelle durchschneidenden Gemeindewege benützt wurde. Die Finanzprocuratur erhob die Einwendung der Incompetenz der Gerichtsbehörde, welche in erster Instanz abgewiesen wurde. Auf den Recurs der Finanzprocuratur legte das O. L. G. nach vorgängigem Einvernehmen mit dem oberösterr. Landesausschuß die Acten dem obersten Gerichtshof vor, zur Entscheidung der Competenzfrage.

In Erwägung, daß die Beschwerde der Gemeinde Ischl gegen das Forstärar wegen Verpachtung und Verzäunung eines Theiles der vorerwähnten Grundparcellen nicht den Gegenstand einer Besitzstörungsklage bilden kann, sondern auf dem Verwaltungswege durch die autonomen Organe auszutragen ist, weil es sich hier um einen von der Gemeinde benützten und ihr auch im Kataster zugeschriebenen Ortsraum und um die Störung des Verkehrs auf einem öffentlichen Wege handelt, und die Sorge für die Erhaltung der Straßen und Wege und für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehres auf denselben nach §. 25 der o. ö. Gemeindeordnung vom 28. April 1864, L. G. Bl. Nr. 6 einen Bestandtheil des selbstständigen Wirkungskreises der Gemeinde bildet, hat der oberste Gerichtshof in Uebereinstimmung mit dem Ministerium des Innern die erstgerichtliche Entscheidung nebst dem vorausgegangenen Verfahren aufgehoben und die Zurückstellung der Klage an die Gemeinde Ischl verordnet.

Nr. 3611.

Verurtheilung ad praestandum factum oder zur Uebergabe einer beweglichen Sache?

Entsch. v. 21. Dec. 1869, Nr. 14402 (Best. des das Decr. des H. G. Prag v. 2. Sept. 1869, Nr. 54422, abänd. Decr. des O. L. G. Prag v. 18. Oct. 1869, Nr. 35461). G. H. 1870, S. 13.

Gegen den außerhalb Prag etablirten Kaufmann B, welcher sich durch executionsfähigen Vergleich verpflichtet hatte, sieben Kisten, welche ihm nach seinem Wohnort von A übersendet worden waren, demselben in dem Zustand, in welchem er sie von ihm erhalten hatte, franco Prag zurückzustellen, begehrte A im Executionswege die Erlassung des gerichtlichen Auftrages, im Sinne des §. 310 a. G. O., zur Erfüllung der besagten Verbindlichkeit mit Androhung einer Strafe. — In erster Instanz wurde sein Gesuch abgewiesen, weil hier nicht der Fall des citirten §. 310, sondern vielmehr jener des §. 305 a. G. O. (Verbindlichkeit des Beklagten zur Uebergabe eines bestimmten fahrenden Gutes) vorliege. — Das O. L. G. entsprach dem Begehren des A und verordnete die Zurückstellung der Kisten an A nach Prag bei Strafe von 20 fl. mit der Motivirung, daß es sich im gegenwärtigen Falle nicht um die Uebergabe einer beweglichen Sache von bestimmter Gattung überhaupt, sondern um die Leistung einer Arbeit oder Verrichtung eines Geschäftes, nämlich um die Zufuhr von Waaren handle.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil B die Kisten nicht in seinem Wohnort dem A auszufolgen, sondern demselben franco nach Prag zurückzustellen hatte, folglich der §. 305 a. G. O. hier keine Anwendung findet.

Nr. 3612.

Expropriationsverfahren in Eisenbahnsachen: Zulässigkeit eines Kunstbefundes zum ewigen Gedächtniß zur Erlangung einer den gerichtlich ermittelten Schätzungswerth übersteigenden Entschädigung.

Entsch. v. 28. Dec. 1869, Nr. 14631 (Best. des Decr. des L. G. Wien vom 4. Dec. 1869, Nr. 68461, Abänd. des Decr. des O. L. G. Wien vom 9. Dec. 1869, Nr. 25116). G. Z. 1870, Nr. 8.

Nachdem B durch die oberstgerichtliche Entscheidung vom 24. November 1869, Nr. 13162 (Nr. 3581 der Sammlung) mit dem Gesuche um neue Schätzung der ihm expropriirten Realität durch andere

Experten, mit Vorbehalt des ordentlichen Rechtsweges, abgewiesen worden war, begehrte er wegen dringender Gefahr der Veränderung der Gestalt der Streitsache durch die von der Franz Josef-Bahngesellschaft bereits begonnenen Demolirungsarbeiten an derselben (siehe Entsch. v. 24. November 1869, Nr. 13154, Nr. 3582 der Sammlung) die Aufnahme des Augenscheines und Kunstbefundes in perpetuam rei memoriam zur Erhebung des Werthes der expropriirten Liegenschaften. — Dieses in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. abgewiesen, weil nach der erfolgten Vornahme der mit Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 24. November 1869, Nr. 13162 aufrecht erhaltenen gerichtlichen Schätzung die neuerliche Werthserhebung auch nicht auf dem Wege der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß zuläßig sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, in Erwägung, daß dermalen nicht darüber zu entscheiden ist, ob nach §. 9 der Min.-Verordn. vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238 dem auf eine größere Entschädigung, als die durch die Schätzung ermittelte, Anspruch machenden Eigenthümer der für einen Eisenbahnbau expropriirten Liegenschaft der Rechtsweg in jedem Falle oder nur in dem Falle, als bei der Schätzung nicht alle Vorschriften über den gerichtlichen Kunstbefund beobachtet worden wären, vorbehalten sei; daß hienach, wenngleich der oberste Gerichtshof zufolge seiner Entscheidung vom 24. November 1869, Nr. 13162 an der im Expropriationswege aufgenommenen gerichtlichen Schätzung der Realitäten des Recurrenten eine Außerachtlassung der Vorschriften über den gerichtlichen Kunstbefund nicht wahrgenommen und deshalb jene gerichtliche Schätzung aufrecht erhalten hat, dermalen noch nicht darüber abgesprochen werden kann, ob der Eigenthümer von jenem Vorbehalte Gebrauch zu machen berechtigt sei oder nicht; daß jedoch — die Zuläſſigkeit des weiteren Rechtsweges zur Erlangung einer angestrebten höheren Entschädigung vorausgesetzt — der Vorbehalt des Rechtsweges illusorisch wäre, wenn der expropriirte Eigenthümer von der Möglichkeit ausgeschlossen würde, sich für den zu betretenden Rechtsweg diejenigen Beweismittel zu verschaffen, welche er zur Begründung seines höheren Entschädigungsanspruches für geeignet hält, weil er eben, um diesen Anspruch mit Erfolg erheben zu können, den Werth der expropriirten Objecte mittelst anderer, außer der im Expropriationswege aufgenommenen gerichtlichen Schätzung liegender Beweismittel darzuthun die Aufgabe hat; daß auch die Bestimmung des §. 200 a. G. O. und des Hofdcr. v 27. Februar 1784, J. G. S. Nr. 249 nicht in dem Sinne aufgefaßt werden kann, als ob die Schätzung, auf Grund welcher das Geschäft der Expropriation, zu dessen Behufe sie vollzogen ward, endgiltig aufgenommen wurde, auch in dem wider die expropriirende Eisenbahnunternehmung, und selbst auch wider die Schätzleute beabsichtigten Entschädigungsprocesse als unerschütterlich

und unantastbar gelten müßte; daß es sich um eine Beweisaufnahme handelt, deren Kosten lediglich den Beweisführer treffen, welche die durchgeführte Expropriation in keiner Weise mehr berührt oder beirren kann, und rücksichtlich welcher die Beurtheilung der Zulässigkeit und Relevanz in vollem Umfange dem seinerzeit über die etwa anhängig gemachte Klage erkennenden Gerichte vorbehalten bleibt.

Nr. 3613.

Expropriationsverfahren in Eisenbahnsachen: Unzulässigkeit der gerichtlichen Schätzung ohne vorausgegangenes Expropriationserkenntniß.

Entsch. v. 28. Dec. 1869, Nr. 14726 (Best. des Decr. des L. G. Klagenfurt v. 7. Sept. 1869, Nr. 4776, Abänd. des Decr. des O. L. G. Graz vom 16. Nov. 1869, Nr. 13723). G. Z. 1870, Nr. 72.

Die Südbahngesellschaft hatte um die Vornahme der Schätzung mehrerer zum Villach-Brixner Eisenbahnbau in Anspruch genommenen Liegenschaften angesucht, und zwar auf Grund des von dem Grundeinlösungscommissär mit den betreffenden Parteien aufgenommenen Protokolles, in welchem eine derselben, A, erklärte, daß er gegen die Bahnanlage und gegen den Umfang der Grundabtretung keine Einwendung mache und bereit sei, die erforderlichen Grundflächen gegen Entschädigung abzutreten. Da aber der von A geforderte Preis von dem Commissär als überspannt zurückgewiesen wurde, begehrte der letztere die Schätzung, welche das Gericht erster Instanz sofort bewilligte. — Von dem O. L. G. wurde das Schätzungsgesuch als verfrüht ab- und auf die Vorschrift des §. 4 der Min.-Verordnung vom 14. September 1854, R. G. Bl. Nr. 238 gewiesen, und zwar in der Erwägung, daß zwischen der priv. Südbahngesellschaft und dem A ein gütliches Uebereinkommen wegen Ueberlassung der von der Gesellschaft für den Bau der Villach-Brixner Bahn in Anspruch genommenen Liegenschaften des A nicht zu Stande gekommen ist, weil die Gesellschaft die als unangemessen erkannten Forderungen zurückgewiesen hat; daß für solchen Fall das zur zwangsweisen Expropriation im §. 4 der obigen Verordnung vorgeschriebene Verfahren und Erkenntniß jedenfalls der gerichtlichen Schätzung vorauszugehen hat und zu Grunde zu legen ist; daß die in dem vorgelegten von dem Grundeinlösungscommissär aufgenommenen Protokolle abgegebene Aeußerung des Grundbesitzers, wornach er sich zur Abtretung des angesprochenen Grundes bereit erklärt, als eine Verzichtleistung desselben auf das vorgeschriebene gesetzliche Verfahren nicht angesehen werden kann, weil die gestellte Bedingung der Abtretung, nämlich der geforderte Preis von dem Bevollmächtigten der Gesellschaft zurückgewiesen wurde, demnach die Erklärung des A aufgehört hat, für ihn bindend zu sein.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, weil A in dem Commissionsprotokolle seine zum Bahnbau erforderlichen Grundflächen der Südbahngesellschaft gegen Entschädigung zu überlassen sich schon bereit erklärt hatte, und demselben der Rechtsweg freigestellt bleibt, um eine allfällige höhere Entschädigung in Anspruch zu nehmen.

Nr. 3614.

Aufforderung wegen eines vorzunehmenden Baues: Beantwortung der Aufforderung oder Ueberreichung der Klage.

Entsch. v. 29. Dec. 1869, Nr. 14326 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des B. G. der Alt- und Neustadt Prag v. 16. Sept. 1869, Nr. 24541 und des O. L. G. Prag v. 25. Oct. 1869, Nr. 35048). G. H. 1870, S. 175.

Der oberste Gerichtshof verordnete, daß die wegen eines vorzunehmenden Baues angebrachte Aufforderungsklage des A dem aufgeforderten B zur Beantwortung derselben oder zur Anstellung seiner Klage unter Androhung der Auflage des ewigen Stillschweigens zugestellt werde, nachdem beide Untergerichte dem Beklagten, mit Ausschluß der Alternative der Beantwortung der Aufforderungsklage, die Ueberreichung seiner Klage aufgetragen hatten. Gründe der dritten Instanz: Der §. 72 a. G. O. normirt das Verfahren für die Aufforderung bei einem vorzunehmenden Bau, ohne dadurch die Besitzrechte zu beschränken, zu welchen nach §. 323 a. b. G. B. das Recht des Besitzers gehört, zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden zu können. Die Aufforderung zur Ausführung des Besitztitels findet daher auch im Falle des §. 72 a. G. O. nicht statt und dem Aufgeforderten kann nicht die Klage zur Nachweisung seines Besitztitels aufgetragen, vielmehr muß ihm auch in diesem Falle die Einwendung der Unstatthaftigkeit der Aufforderung offen gelassen werden. Dem steht nicht entgegen, daß der §. 72 a. G. O. diese Einwendung nicht im Auge hat; auch der §. 68 a. G. O. spricht nur von der Beantwortung der angeschuldeten Berühmung und nicht auch von der Einwendung des Besitzers, und doch ist diese Einwendung gegen die Aufforderung wegen Berühmung zulässig (Hofdcr. vom 15. Jänner 1787, J. G. S Nr. 621 lit. cc). Bei der Aufforderung wegen eines vorzunehmenden Baues fällt allerdings die Beantwortung der behaupteten Berühmung hinweg, weil die Berühmung durch das Ergebniß der Baucommission bereits constatirt ist; allein deshalb können dem Aufgeforderten nicht seine Besitzrechte, somit auch nicht das Recht zur Einwendung entzogen werden, daß wegen derselben die Aufforderung gegen ihn unstatthaft sei.

Nachtrag.

Nr. 3615.

Anwendung der Bestimmungen über den Ersatz einer verlorenen „Urkunde" auf in contumaciam zu inrotulirende Proceßschriften.

Entsch. v. 6. August 1853, Nr. 7843 (Best. des das Urth. des L. G. Prag v. 15. Februar 1853, Nr. 11, abänd. Urth. des O. L. G. Prag v. 19. April 1853, Nr. 7998). G. Z. 1871, Nr. 45.

Auf die Klage des A gegen B pcto. Zahlung von 295 fl. war in contumaciam des Beklagten, welcher die Klage unbeantwortet gelassen hatte, die Tagfahrt zur Acteninrotulirung ausgeschrieben worden, bei der A die Klageschrift nicht zu den Acten legen konnte, weil das seinem Rechtsanwalt zugestellte Exemplar derselben dem Letztern in Verlust gerathen war. Um dennoch die Verurtheilung des B herbeizuführen, stellte nun A unter Vertretungsleistung seines erwähnten Advocaten gegen B eine zweite Klage an, worin er den Inhalt der ersten Klage wörtlich anführte und mit Berufung auf den §. 130 a. G. O. um das Erkenntniß bat, daß der Inhalt der in Verlust gerathenen Klageschrift eben derselbe gewesen sei. Auf diesen Proceß ließ sich der Beklagte ein, indem er 1. widersprach, daß die angeblich verlorene Klageschrift den vom Kläger bezeichneten Inhalt hatte, und 2. der Klageschrift die Qualität einer Urkunde im Sinne des §. 130 a. G. O. und damit das Klagerecht des A bestritt. Zum Beweise des ad 1 geleugneten Inhaltes der Klage trug A dem B den im Rückschiebungsfall von dem Vertretungsleister des Klägers abzuschwörenden Haupteid auf. Der Verlust der Klageschrift wurde vom Beklagten zugegeben. — Das Gericht erster Instanz verwarf das Klagebegehren. In den Motiven wird ausgeführt, daß eine Klageschrift nicht als eine Urkunde anzusehen sei. Der Begriff einer Urkunde setze eine Schrift voraus, aus der Rechte und Verbindlichkeiten entspringen oder durch gewisse Thatsachen bekräftigt werden. Nichts davon trete bei der Klageschrift ein: weder entstehen aus der Klage, als solcher, Rechte und Pflichten, da sie vielmehr das Mittel ist, um vermeintliche und wirkliche Rechte gerichtlich zu verfolgen, — noch werden durch sie Thatsachen bekräftigt, vielmehr in derselben Umstände und Thatsachen blos angeführt und diese Behauptungen nicht durch die Klage, sondern erst durch Beweise bekräftigt, die auch durch Urkunden hergestellt werden können,

so daß die Urkunde wohl das Fundament einer Klage sein oder als Beweismittel dienen, die Klage selbst aber niemals als eine Urkunde gelten könne. Dieses Verhältniß der Klageschrift zur Urkunde sei auch im positiven Gesetz anerkannt, indem die a. G. O. zuvörderst von den Satzschriften handelt, darunter die Klage anführt und charakterisirt, in spätern Capiteln aber den Beweis und die Beweismittel behandelt und unter den letzteren die Urkunden anführt. Aus dieser Anordnung der Materie folge schon, daß die Klage als Satzschrift im Sinne des Gesetzes den Urkunden, die Beweismittel sind, nicht beigezählt werden könne. Der Kläger führe zwar für sich an, daß die in Verlust gerathene Klageschrift bereits vom Gericht angenommen, auf Grund derselben die Acteninrotulirung ob contumaciam des Gegners bewilligt worden, die Klage daher die Trägerin seines aus der Contumaz hervorgehenden Rechtsanspruchs sei und deßhalb als eine Urkunde betrachtet werden müsse, weil er durch die Contumacirung des Gegners aus der Klage den Anspruch darauf erworben habe, daß die darin angeführten Thatsachen auch ohne Beweis für wahr zu halten seien. Allein auch diese Ausführung vermöge nicht das vorhin bezeichnete Wesen von Klage und Urkunde zu widerlegen. Denn die Acteninrotulirung ob contumaciam sei eine neue, zur Klage erst später hinzutretende, von ihr ganz unabhängige Proceßhandlung; solange sie nicht vorgenommen wurde, könne nicht gesagt werden, daß der Kläger ein Recht auf Fürwahrhaltung der Klageanführungen erworben habe, welches durch die Inrotulirung ob contumaciam erst entstehe und mit derselben nach dem Proceßrecht als Folge verbunden sei. Hat nun der Kläger nach §. 242 a. G. O. nicht inrotuliren, mit andern Worten, hat er den Anspruch auf Fürwahrhaltung der in der Klage angeführten Thatsachen nicht erwerben können, weil sein Klageexemplar in Verlust gerathen ist, so liege dies in seinem Verschulden und er müsse sich die gesetzliche Folge davon, den Verlust dieses Anspruchs gefallen lassen, weil die a. G. O. für die Erwerbung dieses Rechts nur das im §. 242 bezeichnete Rechtsmittel gewähre. War aber der Kläger nicht in der Lage, von diesem Rechtsmittel Gebrauch zu machen, so könne nach den Grundsätzen des Processes der Gegner nicht gezwungen werden, dem Kläger hiezu selbst behiflich zu sein und ihm die Erwerbung des aus der Contumaz hervorgehenden Rechts zu erleichtern oder überhaupt zu ermöglichen; ebenso wenig aber entspreche es den Principien der a. G. O., den Inhalt der in Verlust gerathenen Klage wie den einer Urkunde auf Grund des §. 130 erweisen zu wollen und es bleibe dem Kläger, wenn er sein Klagerecht gegen B auf Zahlung der 295 fl. geltend machen will, nichts anderes übrig, als von der Contumacirung abzustehen und eine neue Klage anzustellen. — Das O. L. G. erkannte auf den ad 1 angetragenen Beweis durch Haupteid und gab für den Fall der Herstellung dieses Beweises dem Klagebegehren statt. Gründe: Der Fall, daß einer Partei eine Satzschrift in Verlust

geräth, kann eben kein seltener sein. Ist nun diese Partei der Kläger und kann oder, was weit häufiger geschehen mag, will der Beklagte das ihm zugekommene Exemplar der verlornen Satzschrift nicht herausgeben, damit davon der erforderliche gerichtliche Gebrauch gemacht werde, so wäre dem Kläger, den der Beklagte durch sein Wegbleiben von der Acteninrotulirung nöthigen kann, selbst alle Satzschriften ad rotulum zu legen, die Möglichkeit entzogen, den vielleicht jahrelang verhandelten Proceß zur Entscheidung zu bringen, wenn ihm das Gesetz kein Mittel darböte, den oft ganz unverschuldeten Verlust der Satzschrift wieder gut zu machen. Ein solcher Mangel kann der a. G. O. wohl nicht zugemuthet und derselben um so minder der Vorwurf gemacht werden, daß dem Kläger, der den Inhalt der verlornen Satzschrift durch einen gerichtsordnungsmäßigen Beweis darthun will, eine solche Beweisführung beschränkt und er darauf verwiesen sei, den Proceß mit Zeit- und Kostenaufwand wieder von vorne anfangen zu müssen. Abgesehen davon, daß durch die Anstellung einer neuen Klage, deren Zulässigkeit selbst wieder als problematisch angesehen werden könnte, das Recht des Klägers nicht immer, wie z. B. bei inzwischen eingetretener Verjährung, gewahrt wäre, so ist für eine so zwecklose Weitwendigkeit auch kein rechtfertigender Grund vorhanden. — Die Anwendbarkeit des §. 130 a. G. O. auf den vorliegenden Fall ist zweifellos, wenn man eine Satzschrift für eine Urkunde hält. Der Begriff: Urkunde im weiteren Sinne, als eine Schrift, die überhaupt mittelbar oder unmittelbar Rechte zu begründen geeignet ist, umfaßt aber gewiß auch die bereits dem Gerichte überreichte und von demselben angenommene Satzschrift, weil aus ihrem Inhalte allerdings für den Anbringer Rechte resultiren können; und eine Klageschrift, auf welche der Beklagte contumacirt worden ist, wird zur Urkunde selbst im engeren Sinne des Wortes von dem Zeitpunkte der ob contumaciam bewilligten Acteninrotulirung an, weil von da an das Gesetz dem Inhalte der Klageschrift volle Beweiskraft verleiht und dies eben die Eigenschaft ist, welche eine Schrift zur Urkunde im engeren Sinne macht. Allein selbst wenn die Anwendung des §. 130 a. G. O. nicht schon dessen Wortlaut gestatten würde, müßte, um die Lücke des Gesetzes auszufüllen, die Anwendung nach der von §. 7 a. b. G. B. und 437 a. G. O. gebotenen Analogie Platz greifen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der zweiten Instanz aus folgenden Gründen: Die Entscheidung des Processes liegt in der Frage: ob eine bei Gericht angebrachte und aufrecht beschiedene Klageschrift im Sinne des §. 130 a. G. O. eine Urkunde sei. In diesem Paragraphe wird das Wort „Urkunde" offenbar in seinem weitesten Sinn genommen, in dem es jedes schriftliche Document, mithin auch dasjenige bedeutet, welches zur Bewährung eines Anspruches dient. Daß nun eine bei Gericht angebrachte und aufrecht verbeschiedene Klage eine Urkunde in diesem Sinne ist, liegt am Tage,

wenn erwogen wird, daß sie zum Beweis darüber dient, welches Recht und zu welcher Zeit es vor Gericht in Anspruch genommen wurde. Ist dies aber der Fall, so hat der Beklagte keinen rechtlichen Grund, sich durch das obergerichtliche Urtheil für beschwert zu halten, weil durch den ihm darin aufgetragenen Haupteid die Entscheidung des Processes in seine Hand gegeben ist, den er übrigens durch die Producirung des in seinem Besitze gebliebenen Exemplares der Klageschrift ganz hätte vermeiden können.

Nr. 3616.

Verjährung der Hypothekarklage: Unterbrechung durch Klage gegen den Personalschuldner?

Entsch. v. 3. März 1858, Nr. 1969 (Best. des Urth. der Prätur Casalmaggiore v. 2. Juni 1857, Nr. 2529, Abänd. des Urth. des O. L. G. Mailand v. 12. Dec. 1857, Nr. 16283). G. Z. 1871, Nr. 75.

Der Monte di pietà in Casalmaggiore, Gläubiger einer Darlehensforderung von 3000 Lire, belangte mit der im Jahre 1856 angestellten Hypothekarklage den B als dritten Besitzer einer dafür verpfändeten Liegenschaft, auf Zahlung des Darlehens oder Herausgabe der Pfandsache zur gerichtlichen Veräußerung. In dem Processe handelte es sich hauptsächlich um die von B eingewendete Verjährung der Hypothekarklage und um die klägerischerseits dagegen geltend gemachte Unterbrechung derselben durch die gegen den Personalschuldner angebrachte Klage.

Aus den nachstehenden, den Sachverhalt darlegenden Gründen entschied der oberste Gerichtshof diese Fragen zu Gunsten des Beklagten und bestätigte demgemäß die erstgerichtliche Abweisung des in zweiter Instanz zugelassenen Klagebegehrens. Laut Urkunde vom 3. October 1793 haben C, welcher vom Monte di pietà ein Darlehen von 3000 Lire empfangen hatte, und D als Bürge und Mitschuldner, sich zur Zurückzahlung der Forderung nach Eintritt der in das Jahr 1794 gesetzten Verfallszeit verpflichtet und hat D zur Sicherstellung seiner Zahlungspflicht zwei Liegenschaften verpfändet. In der Hypothekarnote, in Folge welcher die Hypothek nach Eintritt der vertragsmäßigen Verfallszeit inscribirt wurde, ist einfach auf die Schuldverschreibung Bezug genommen und die Forderung als fällig bezeichnet. Von den verpfändeten Liegenschaften des D überging sodann die eine durch Kauf auf C und von diesem auf den Beklagten, während die andere im Eigenthume des D zurückblieb. Durch den Inhalt der Hypothekarnote, die — wie gesagt — unter Bezugnahme auf die Verschreibung die Schuld als bereits verfallen bezeichnete, ohne die Verfallszeit anzugeben, waren die Käufer C und der Beklagte B zur Annahme be-

rechtigt, daß dieselbe im Jahre 1794 fällig geworden war und von dieser Zeit an die Verjährung zu laufen begonnen hatte. Erst nach mehr als 20 Jahren seit diesem Anfangstermine erfolgte der Verkauf der Liegenschaft an C, Vormann der Beklagten, mit der Versicherung des Verkäufers D, daß dieselbe hypothekenfrei sei; war nun diese Erklärung gleichwohl durch den Inhalt der Hypothekarnote widerlegt, so ergab sich anderseits aus dem Hypothekenbuche auch nicht die Andeutung, daß der Verkäufer D als Besitzer der Pfandsache irgendwie von dem Gläubiger in Anspruch genommen („molestato") worden war. Es konnte demnach die seit 1794 bis dahin fortgesetzte Verjährung bezüglich des Successors in dem Besitz der Liegenschaft nur durch eine gegen ihn selbst und eigentlich gegen die Pfandsache („contro il pegno") gerichtete Klage unterbrochen werden. Eine solche Klageführung hat aber niemals stattgefunden. Im Jahre 1826 hat allerdings der Monte di pietà mittelst Klage gegen die Concursmasse des insolvent gewordenen D die Liquidhaltung seiner Darlehensforderung und deren Versetzung in die zweite Gläubigerclasse mit dem Pfandrechte an der einen im Eigenthume des D verbliebenen und in die Concursmasse gefallenen Liegenschaft begehrt; allein diese Klageführung, welcher der Erwerber der anderen, im gegenwärtigen Processe verfangenen Pfandsache fremd geblieben, konnte einen Einfluß weder auf die rechtliche Stellung seiner Person, da er nicht persönlicher Schuldner des Monte ist, noch auf das rechtliche Verhältniß der in seinem Besitze befindlichen Pfandsache ausüben, gegen welche die besagte Klage nicht gerichtet war. Demnach war zur Zeit der im Jahre 1856 gegen den heutigen Pfandbesitzer B angestellten Hypothekarklage die 30- und auch die 40jährige Verjährung derselben bereits vollendet, mag man nun den Anfang der Verjährung auf den Zeitpunkt der Pfandverschreibung (1793), respective der Fälligkeit der Darlehensschuld (1794) oder aber auf den späteren Zeitpunkt der erst im Jahre 1809 vollzogenen Inscription in das Hypothekenbuch setzen. (Art. 2262 Code Napoléon und §§. 1479 und 1485 a. b. G. B.).

Nr. 3617.

Zulässigkeit der Sequestration zur Sicherstellung einer Pachtzinsforderung.

Entsch. v. 8. Februar 1859, Nr. 1277 (Best. des Decr. der Prätur Cormons v. 13. Sept. 1858, Nr. 2253, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest v. 12. Nov. 1858, Nr. 4190). Gazz. dei Trib. 1870, Nr. 8. G. Z. 1871, Nr. 12.

Zur Sicherstellung seiner Pachtzinsforderung begehrte der Verpächter A die vorsichtsweise Sequestration der auf dem Pachtgute be-

findlichen Wirthschaftsgeräthschaften und Früchte, sowie des darauf vorhandenen Viehes seines Pächters B. — Die erste Instanz bewilligte das Gesuch, wogegen das O. L. G. in Erwägung, daß das dem Verpächter zustehende Recht im §. 1101 a. b. G. B. bereits normirt ist, die begehrte vorsichtsweise Sequestration auf die gerichtliche Beschreibung der erwähnten Sachen im Sinne des Hofdcr. vom 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621 beschränkte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den erstgerichtlichen Bescheid, weil A die auf dem Pachtgrundstücke befindliche Wirthschaftsfahrniß, die Früchte und das Vieh vermöge des ihm daran gebührenden gesetzlichen Pfandrechtes in Anspruch nimmt und ihm nicht verwehrt werden kann, sein Pfandrecht durch Uebergabe der Pfandsache in die Obsorge eines Dritten mehr zu sichern.

Nr. 3618.

Anpflanzung auf eigenem Grunde dicht an einer fremden Mauer: Benützung der eigenen Sache oder Störung im Besitz einer fremden?

Entsch. v. 18. Mai 1859, Nr. 5259 (Best. des Decr. des B. G. Krakau v. 15. August 1858, Nr. 6105, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau vom 28. Dec. 1858, Nr. 12275). G. Z. 1870, Nr. 61.

B hat in seinem Garten bei der Mauer des benachbarten Hauses ein 7 Klafter hohes und ebenso langes Gitter von Stangen zur Anpflanzung von Schlingpflanzen aufgestellt und den oberen Rand an die Mauer angelehnt. Dies gab dem Nachbar A, welcher hiedurch für seine Mauer Feuchtigkeit befürchtete, Anlaß zu einer Besitzstörungsklage, welche in erster Instanz abgewiesen wurde. — Das O. L. G. hingegen verordnete die Beseitigung des Stangengitters, weil dem A als Eigenthümer des Hauses das Recht zusteht, jeden Anderen von diesem Object und dessen Benützung auszuschließen (§. 354 a. b. G. B.), in so lange die Einschränkung dieses Rechtes nicht nachgewiesen wird, die Scheidemauer Eigenthum des A, und die Anlehnung des Stangengitters an diese Mauer eine offenbare Benützung derselben als Stütze ist.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die erstrichterliche Entscheidung, weil B dadurch, daß er in seinem Garten, somit auf seinem Grund und Boden an der Mauer des benachbarten Hauses ein Stangengitter, ohne dasselbe an der Mauer selbst zu befestigen, zur Anpflanzung von Schlingpflanzen errichten ließ, nur von dem ihm nach §. 354 a. b. G. B. zustehenden Rechte mit seiner Sache nach Belieben zu schalten, Gebrauch gemacht hat, hiedurch daher weder ein Eingriff in

fremdes Eigenthum erfolgt, noch die Beeinträchtigung eines sich auf fremden Besitz beziehenden Rechtes herbeigeführt worden ist, somit der Fall einer Besitzstörung nicht eintrat; übrigens die Besorgniß, daß jene Mauer durch Beschattung und die hiedurch erzeugte Feuchtigkeit beschädigt werden könnte, das freie Verfügungsrecht auf dem eigenthümlichen Grund und Boden des Belangten und in dem oberhalb seines Grundes bestehenden Luftraume nach §. 297 a. b. G. B. nicht hemmen kann.

Nr. 3619.

Verurtheilung zu einer durch eine Gegenleistung bedingten Leistung: Unzulässigkeit der executiven Anhaltung des Klägers zur Gegenleistung.

Entsch. v. 28. August 1861, Nr. 5823 (Best. des das Decr. des B. G. Tolmein v. 15. März 1861, Nr. 842, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 14. Juni 1861, Nr. 1582). G. Z. 1870, Nr. 9.

A war verurtheilt worden, der B ein Darlehen von 103 fl. gegen Herausgabe der von ihm der B dafür verpfändeten Grundstücke zurückzuzahlen. Da die B, welcher er nun die Zahlung anbot, die Grundstücke nicht herausgeben wollte, deponirte A die 103 fl. bei Gericht und überreichte darauf das Gesuch, daß die B aus dem Besitz der Grundstücke gesetzt und er in den Besitz derselben eingeführt werde. — Das in erster Instanz bewilligte Gesuch wurde von dem O. L. G. in der Erwägung abgewiesen, daß 1. A sein Besitzeinführungsgesuch auf ein von der Klägerin B gegen ihn erwirktes Urtheil stützt, dessen Vollzug aber von der Klägerin nie nachgesucht wurde; daß 2. ihm somit nicht gestattet sein darf, gegen den Willen der Klägerin B das besagte Urtheil vollziehen zu lassen, welches ihm nur zur Begründung eines bevorzugten Verfahrens, allenfalls nach §. 298 a. G. O., nicht aber zur unmittelbaren Executionsführung dienen könnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der zweiten Instanz, weil in dem auf die Klage der B um Zurückzahlung des Darlehens ergangenen Urtheil nur ihr ein, obgleich durch Rückstellung der Grundstücke bedingtes Recht, nicht aber auch dem A das von ihm nicht besonders angesprochene Recht auf Rückgabe der Grundstücke gegen Zahlung der Darlehenssumme zuerkannt wurde, somit auf Grundlage dieses Urtheiles die gedachte Zurückstellung im Executionswege nicht platzgreifen kann.

Nr. 3620.

Abgrenzung des streitigen Verfahrens vom nicht streitigen: Streit der Erben über die Einbeziehung und Theilung einer vom Erblasser besessenen Sache.

Entsch. v. 27. Mai 1862, Nr. 3054 (Best. des das Decr. des B. G. Krzeszowice v. 28. Nov. 1860, Nr. 2144, aufheb. Decr. des O. L. G. Krakau v. 29. Juli 1861, Nr. 5281). G. Z. 1870, Nr. 60.

Die Mehrzahl der Erben des M begehrte die Einbeziehung der vom Erblasser besessenen untheilbaren Grundwirthschaft in die Nachlaßinventur, die Einantwortung derselben und die Vertheilung des aus der vorzunehmenden Feilbietung sich ergebenden Kaufschillings. Obgleich die Miterbin B sich im ausschließlichen factischen Besitze der Grundwirthschaft befand und die Zuweisung derselben protokollarisch verlangte, hat das Abhandlungsgericht dem erwähnten Begehren der übrigen Erben stattgegeben. — Von dem O. L. G. wurde diese Entscheidung aufgehoben.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Verordnung aus folgenden Gründen: Das Abhandlungsgericht hat nicht blos die Nachlaßabhandlung nach M, sondern auch zugleich die Vertheilung des Nachlasses vorgenommen und in dieser Beziehung in dem Einantwortungsdecrete über den Verkauf der Wirthschaft sich ausgesprochen, anstatt, wie es nothwendig war, wenn ein Einverständniß mit der Besitzerin dieser Grundherrschaft darüber, daß dieselbe zum Nachlasse gehört, nicht erzielt werden konnte, die Parteien diesfalls auf den Rechtsweg zu weisen und auf diesem die Frage über die Einbeziehung des Grundes in den Nachlaß des M, sowie über die Art der vorzunehmenden Theilung entscheiden zu lassen, und nur mit der Einantwortung des Nachlasses, ohne endgiltig zu entscheiden, was zu demselben gehört, inzwischen vorzugehen.

Nr. 3621.

Collision des gesetzlichen Pfandrechtes des Vermiethers mit der von einem anderen Gläubiger erwirkten Pfändung: Zurückbeziehung auf den Zeitpunkt der Einbringung der Pfandsachen; Novation der Miethzinsforderung durch Errichtung einer den Zinsrückstand anerkennenden und dessen Verzinsung zusichernden Urkunde.

Entsch. v. 15. Oct. 1862, Nr. 6769 (Best. des das Decr. des K. G. Görz v. 7. Juni 1862, Nr. 2579, abänd. Decr. des O. L. G. Triest v. 1. August 1862, Nr. 2260). Gazz. dei Trib. 1869, Nr. 8. G. Z. 1871, Nr. 46.

Der Vermiether A ließ sich von dem Miether M über dessen Miethzinsschuld von 365 fl. die notarielle Urkunde vom 9. November 1860 ausstellen, worin M die Zahlung der Schuld binnen drei Monaten versprach und von diesem Termine ab, falls derselbe von ihm versäumt würde, sich zur Zahlung der sechspercentigen Zinsen der Schuld verpflichtete. Im März 1861 belangte A die ruhende Verlassenschaft des am 25. November 1860 verstorbenen M wegen Zahlung der 365 fl. nebst Interessen und erwirkte (auf Grund des erwähnten notariellen Instrumentes) den Zahlungsbefehl sowie die von ihm unter Einem begehrte Beschreibung der zur Zeit der Klage in der Miethwohnung vorhandenen, dem gesetzlichen Pfandrechte des A nach §. 1101 a. b. G. B. unterliegenden Mobilien des Verstorbenen. Die nämlichen Mobilien waren aber bereits im Jänner 1861 von dem Nachlaßgläubiger B in Execution gezogen worden, welcher sie zu der im Mai 1861 stattgefundenen gerichtlichen Feilbietung bringen ließ, die den Erlös von 371 fl. ergab. Nun begehrte A die Ausfolgung dieses vom Gerichte in Verwahrung genommenen Geldes für seine Forderung von 365 fl. nebst Zinsen. Bei der auf das Gesuch des A anberaumten Tagfahrt machte B sein Vorrecht auf das Depositum geltend, weil er zur Zeit, als die von A nachgesuchte gerichtliche Beschreibung der Mobilien stattfand, das executive Pfandrecht an denselben bereits erworben hatte, und bestritt außerdem auch die Existenz des von A nach §. 1101 a. b. G. B. in Anspruch genommenen Pfandrechtes, weil die Forderung, für welche es bestand, durch die von A mit M am 9. November 1860 errichtete notarielle Urkunde novirt, aus einer Miethzinsforderung in ein verzinsliches Darlehen verwandelt worden, somit das Pfandrecht nach §. 1378 a. b. G. B. erloschen sei. — Diese Verhandlung wurde von dem Gerichte erster Instanz damit erledigt, daß es beide Pfandgläubiger zur Austragung ihres Streites über den Altersvorzug der Pfandrechte und das Vorrecht auf den Feilbietungserlös auf den Rechtsweg verwies. — Das O. L. G. hingegen entschied meritorisch zu Gunsten des A durch Bewilligung seines Gesuches um Ausfolgung des Depositums.

In Erwägung, daß nach §. 1101 a. b. G. B. dem Vermiether einer Wohnung das Pfandrecht an allen darin befindlichen Einrichtungsstücken und Fahrnissen zusteht; daß, wenn der §. 1101 den Zeitpunkt der Klage als maßgebend bezeichnet, dies nur in Beziehung auf das Vorhandensein der Pfandstücke, nicht auf die Entstehung des Pfandrechtes geschieht, wie aus dem Hofdecr. vom 10. April 1837, J. G. S. Nr. 189 klar zu entnehmen ist; daß im vorliegenden Falle an die Stelle der Klage der notarielle Liquidirungsact vom 9. November 1860 getreten ist, durch dessen Errichtung die Einklagung des Miethzinsausstandes vermieden wurde; daß mit diesem Acte, nach seinem Inhalte, der Rechtsgrund der Forderung des A nicht verändert wurde und die stillschweigende Umwandlung in ein verzinsliches Darlehen jedenfalls erst nach drei Monaten, von der Zeit der Errichtung der notariellen Urkunde ab, angenommen werden könnte, während der Tod des Schuldners M schon am 25. November 1860 erfolgt ist; daß sonach die im §. 1378 a. b. G. B. bezeichnete Rechtsfolge (eine Novation) für die anerkannte Miethzinsschuld des M nicht eingetreten ist; daß das Vorhandensein sämmtlicher Mobilien der Verlassenschaft des Letzteren in der gemietheten Wohnung und deren Identität mit den von B in Execution gezogenen Sachen, sowie die Posterität der Pfändung durch denselben mittelst der beigebrachten Urkunden außer Zweifel gestellt und daher der Richter in die Lage gesetzt ist, auf Grund der gepflogenen Verhandlung über die Priorität der Ansprüche auf den Erlös der Versteigerung jener Mobilien zu entscheiden; daß übrigens, wenn nach dem Vorausgeschickten der Miethzinsforderung des A unzweifelhaft vor der Forderung des B der Vorrang gebührt, dem Letzteren immerhin die Vergütung der von ihm aufgewendeten Executionskosten zu leisten ist, weil seine Execution zur Realisirung der Forderung des A geführt hat, welcher sonst diese Auslagen selbst hätte machen müssen, — hat der oberste Gerichtshof die Entscheidung des O. L. G. mit dem Zusatze bestätigt, daß nach vorgängiger gerichtlicher Feststellung der von B bestrittenen Executionskosten, ihm der Ersatz derselben aus dem deponirten Versteigerungserlöse voraus zu leisten ist.

Nr. 3622.

Verbot: Bescheinigung des Abganges hinlänglicher Zahlungsmittel durch den Nachweis des Nichtbesitzes vom grundbücherlichem Vermögen.

Entsch. v. 14. März 1865, Nr. 1442 (Best. des Decr. des L. G. Krakau v. 28. Oct. 1864, Nr. 20643, Abänd. des Decr. des O. L. G. Krakau vom 28. Nov. 1864, Nr. 15871). G. Z. 1870, Nr. 76.

Das Gesuch des A um Verbotslegung auf Waaren seines Schuldners B war mit dem Zeugniß des Hypothekenamtes instruirt, daß B kein grundbücherliches Vermögen besitzt und wurde von dem O. L. G. auf dieses Zeugniß hin bewilligt, indem darin der hinreichende Beweis liege, daß A wegen Abganges anderer hinlänglicher Zahlungsmittel gefährdet sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den abweisenden Bescheid der ersten Instanz, weil aus dem Zeugnisse des Hypothekenamtes, wornach zwar auf den Namen des B in den dortigen Hypothekenbüchern keine Tabularfaculitäten eingetragen sind, noch lange nicht gefolgert werden kann, daß A bei dem B als seinem Schuldner wegen Mangels hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr sei, zumal A nicht einmal anführt, daß gegen B Schulden halber bereits Executionen vorgekommen sind, und der Letztere hingegen mit den Zeugnissen der Handels- und Gewerbekammer und der Cultusgemeinde dargethan hat, daß er einen bedeutenden Getreidehandel treibt und als ein vermöglicher, wohl accreditirter Kaufmann bekannt ist.

Nr. 3623.

Unentgeltliche Grundabtretung unter Vorbehaltung der Benützung eines Theiles des Abgetretenen: Schenkung?

Entsch. v. 20. April 1865, Nr. 2893 (Best. des das Urth. des B. G. Krzeszowice v. 16. Dec. 1863, Nr. 1887, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 11. Juli 1864, Nr. 8264). G. Z. 1870, Nr. 91.

A hat mündlich seine ganze Grundwirthschaft seinem Sohne B abgetreten und sich nur die Wohnung und einige Ackerbeete zum Ausgedinge vorbehalten. — In erster Instanz wurde dieser Act als Schenkung angesehen und für ungiltig erklärt, weil nach Art. 931 des damals in Gesetzeskraft gestandenen Code Napoléon jede Schenkung schriftlich und vor einem Notar erklärt werden mußte.

Die zweite und dritte Instanz erkannten im entgegengesetzten Sinn, indem sie den Abtretungsvertrag nicht als eine Schenkung,

sondern als einen zweiseitig verbindlichen Vertrag erklärten, weil die Grundwirthschaft dem Sohne nicht unentgeltlich, sondern gegen Vorbehalt der Wohnung und der Benützung einiger Ackerbeete zum Ausgedinge übergeben worden ist.

Nr. 3624.

Spiel des Lottocollectanten auf eigene Rechnung und auf Credit.

Entsch. v. 6. Juni 1866, Nr. 5072 (Best. der gleichförmigen Urth. der Prätur Almissa v. 20. Jänner 1865, Nr. 46 und des O. L. G. Zara v. 28. Sept. 1865, Nr. 3774). Gazz. dei Trib. 1869, Nr. 10. G. Z. 1871, Nr. 25.

Als der Lottocollectant B wegen eines unbedeckten Deficits seines Amtes enthoben wurde, stellte er der betreffenden k. k. Lottoverwaltung die schriftliche Erklärung aus, daß der Abgang 4328 fl. betrage und von den Spielen herrühre, die er für eigene Rechnung in seiner Collectur auf Credit gemacht und registrirt habe. Auf Grund dieses Documentes, welches in der Abgangssumme mit dem aus den Büchern gezogenen Soll des B genau übereinstimmte, wurde derselbe von der Finanzprocuratur auf Zahlung der erwähnten 4328 fl. belangt. B wendete dagegen ein: Als Lottocollectant hafte er allerdings für alle Spielbeträge, auch wenn er selbst sie nicht eincassirt hat, andererseits aber beziehe sich die eingeklagte Forderung auf Spiele, die er für sich ohne Einsatz auf Credit gemacht hat. Da nun nach dem §. 5 des Lottopatentes vom 13. März 1813 (Polit. G. S. Nr. 27) kein Einsatz auf Credit genommen werden darf, der §. 8 ebendort das Lottospiel als einen Wettcontract bezeichnet und nach §. 1271 a. b. G. B. der bedungene Wettpreis gerichtlich nicht gefordert werden kann, so müßte die Lottoverwaltung den eingeklagten Betrag von 4328 fl., welchen er als Lottocollectant ihr schuldig geworden ist, ihm als Spieler wieder zurückzahlen, weil sein ohne wirklichen Einsatz gemachtes Spiel ungiltig und wirkungslos war. — Das Gericht erster Instanz verurtheilte den B nach dem Klagebegehren, indem es die Compensationseinrede des Geklagten aus dem Grunde verwarf, weil der §. 5 des Lottopatentes keineswegs das Spiel auf Credit mit Nichtigkeit bedroht, sondern nur dem Collectanten die Annahme von Einsätzen auf Credit verbietet und die Fälle der Nichtigkeit des Spieles vielmehr taxativ in den §§. 8 und 9 angeführt sind (wenn nämlich das vom Collectanten gesammelte Spiel nicht vor der Ziehung bei dem Amt eintrifft oder wenn das Amt, bei richtiger Ankunft des Spieles, die Einsätze ganz oder zum Theile zurückweiset), von denen aber keiner hier eingetreten ist; weil ferner der Beklagte,

wenn er auf sein Spiel einen Treffer gemacht hätte, als Besitzer des Original-Einlagsscheines, nach §. 5 des Lottopatentes, welcher die Zahlung des Einsatzes als erfolgt voraussetzt und nach den folgenden §§. 13 und 22, gemäß welchen der Ueberbringer des Original-Einlagsscheines für den rechtmäßigen Eigenthümer gilt, ohne weiteres zum Bezug des Gewinnes berechtigt gewesen wäre. — Das O. L. G. bestätigte das Urtheil der ersten Instanz und bemerkte in den Motiven, daß die von B vorgebrachte Gegenforderung von ganz verschiedener Art sei, als die eingeklagte Forderung, daß somit wegen der Ungleichartigkeit beider Ansprüche die Compensation derselben nach den §§. 1438 und 1439 a. b. G. B. nicht geltend gemacht werden könne und dem Beklagten nur bevorstehe, seinen Gegenanspruch mittelst besonderer Klage zu verfolgen.

Die von B ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde wurde vom obersten Gerichtshofe mit folgender Motivirung verworfen: Die untergerichtlichen Urtheile können als offenbar ungerecht um so weniger bezeichnet werden, da der Beklagte in seiner der Lottoverwaltung ausgestellten Erklärung ausdrücklich anerkannt hat, für den Einsatz Nr.... zur Ziehung der Triester Lotterie vom ... dem Lottogefäll 4328 fl. schuldig zu sein. Es konnte demnach seiner a. o. Revisionsbeschwerde mit Rücksicht auf die für dieses Rechtsmittel geltenden Vorschriften keine Folge gegeben werden.

Nr. 3625.

Methode der Anrechnung auf den Pflichttheil.

Entsch. v. 20. Nov. 1866, Nr. 8896 (Abänd. der Urth. des B. G. Montona v. 8. Juni 1865, Nr. 1972 und des O. L. G. Triest v. 26. Jänner 1866, Nr. 74). G. Z. 1869, Nr. 69.

Von den drei Notherben (Enkel) des M hatte A sich auf den Pflichttheil das von M seiner verstorbenen Mutter gegebene Heiratsgut pr. 600 fl. anrechnen lassen. Diese Anrechnung, um welche es sich in dem Proceß des A gegen die M'schen Testamentserben handelte, wurde vom Gericht erster Instanz in der Art vollzogen, daß es von der Hälfte des mit 7585 fl. 47 kr. C. M. angenommenen reinen Nachlasses für jeden der beiden anderen Notherben den Betrag des Vorempfanges des A, d. i. 1200 fl., abzog und das 864 fl. $16^3/_4$ kr. betragende Drittel des Restes als die demselben noch gebührende Pflichttheilssumme darstellte. — Das O. L. G. befolgte die gleiche Anrechnungsmethode; indem es aber eine von der ersten Instanz in Abzug gebrachte Verlassenschaftsschuld unberücksichtigt ließ und in Folge dessen den Betrag des reinen Nachlasses auf 8390 fl. 47 kr. C. M.

stellte, erhöhte sich auch die in zweiter Instanz dem A zuerkannte Pflichttheilssumme auf 998 fl. $36^3/_4$ kr. — Dagegen ergriffen die Beklagten die Revisionsbeschwerde, und zwar 1. gegen die obergerichtliche Erhöhung der Ziffer des reinen Nachlasses und 2. gegen die von beiden Instanzen angewendete Art der Conferirung des vorempfangenen Heiratsgutes.

Der oberste Gerichtshof hat die Beschwerde ad 1 verworfen, hingegen ad 2 derselben aus den nachstehenden Gründen stattgegeben und die dem A gebührende Pflichttheilssumme mit 898 fl. $27^5/_6$ kr. bemessen. Da der Vorempfang, welcher der Anrechnung unterliegt, seiner Natur nach als eine Abschlagszahlung auf den Erb- oder Pflichttheil des Descendenten anzusehen ist und im Sinne des Gesetzes dem Erblasser zur freien Verfügung der gleiche Betrag verbleiben muß, über den er nach dem Gesetze frei verfügen konnte, wenn er dem Descendenten auf Abschlag des Erb- oder Pflichttheiles noch nichts vorhinein gegeben hätte, so muß nothwendig der anzurechnende Vorempfang zum hinterlassenen Vermögen ideell hinzugeschlagen werden. Im gegenwärtigen Falle, wo es sich nicht um die Bestimmung des Erbtheiles nach der gesetzlichen Erbfolge, sondern um die Ermittlung des dem A gebührenden Pflichttheilbetrages handelt, ist zum reinen vom O. L. G. mit 8390 fl. 47 kr. angenommenen Nachlaß der Vorempfang des A per 600 fl. hinzuzuschlagen. Von der Hälfte des hiernach auf 8990 fl. 47 kr. C. M. erhöhten reinen Nachlasses fällt auf jeden der drei Notherben ein Drittel im Betrage von 1498 fl. $27^5/_6$ kr.; von dem Drittel des Notherben A ist nun sein Vorempfang mit 600 fl. abzuziehen und der 898 fl. $27^5/_6$ kr. betragende Rest bildet die ihm noch gebührende Pflichttheilssumme. Daß diese Anrechnungsart die der Absicht des Gesetzgebers entsprechende ist, ergibt sich aus dem dem Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen v. 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208 beigefügten Theilungsformular Nr. VI, worin die Conferirung des vom Erblasser der einen Tochter früher zugewendeten Heiratsgutes in der gleichen Art durchgeführt wird.

Nr. 3626.

Erbeinsetzung von Kindern unter der Resolutivbedingung der Nichttheilnahme des Vaters an der Erbschaft: Verurtheilung der Kinder zur Alimentirung des Vaters.

Entsch. v. 20. Nov. 1866, Nr. 10194 (Best. der Urth. des L. G. Triest v. 7. März 1866, Nr. 113 und des O. L. G. Triest v. 21. August 1866, Nr. 3674). Gazz. dei Trib. 1868, Nr. 37—38 und 41—42. G. Z. 1871, Nr. 46.

Der in Dürftigkeit verfallene A belangte seine zwei minderjährigen Kinder wegen Leistung der Alimente nach §. 154 a. b. G. B.

Mit Berufung auf den nachstehenden actengemäßen Sachverhalt bestritt der Curator der Beklagten den gegen sie erhobenen Anspruch. Im Jahre 1853 kam der gerichtliche Vergleich zu Stande, durch welchen A und die Mutter der Beklagten mit beiderseitigem Einverständniß von Tisch und Bett geschieden und die Verpflegung und Erziehung der Kinder von der geschiedenen Ehegattin und ihrem Vater M mit vollständiger Ausschließung des auf die väterliche Gewalt verzichtenden A übernommen wurde. Im Jahre 1856 starb der Großvater der Kinder M mit Hinterlassung eines Testamentes, worin er sein bedeutendes Vermögen zur Hälfte seiner von A geschiedenen Tochter, zur anderen Hälfte ihren Kindern, seinen Enkeln, zuwendete, diese Erben einander substituirte, für den Fall des Erlöschens der Substitution seine Seitenverwandten als Erben berief, seinen Schwiegersohn A ausdrücklich von jeder Theilnahme an der Erbschaft ausschloß (Art. 3) und demselben die strenge Befolgung der Bestimmungen des Ehescheidungsvergleiches von 1853 mit den folgenden Worten auftrug: A darf seine Kinder nicht wieder zu sich nehmen; er soll sich jeder Theilnahme und Einmengung sowohl in Betreff der Verpflegung und Erziehung der Kinder, als auch in Betreff der von mir denselben hinterlassenen Vermögenshälfte enthalten; falls er aber je aus welch' immer für einem Grund, sei es auch mit Zustimmung des Gerichtes, sich eine solche Einmengung anmaßen und erlauben würde, diesem meinem festen Willen oder dem besagten Vergleich entgegenzutreten („contravenire“), so verordne ich, daß meine Enkelkinder jedes Erbrechtes sofort verlustig sein und ihr Antheil an meinem Vermögen ohne Beschränkung meiner Tochter zufallen soll (Art. 4). Dieser letzten Verfügung des M glaubte nun der Curator der Beklagten den Sinn unterlegen zu müssen, daß ihnen dadurch sogar die Bestreitung der Kosten des Unterhaltes ihres Vaters aus dem von M auf sie vererbten Vermögen — trotz der eingetretenen Dürftigkeit des Klägers — bei Verlust der Erbschaft verwehrt worden sei. — Beide Untergerichte verwarfen diese Auslegung und Auffassung der testamentarischen Verfügung des M und verurtheilten die Beklagten zur Zahlung der angesprochenen Alimente, welche das Gericht erster Instanz auf 30 fl., das O. L. G. auf 40 fl. pr. Monat festsetzte. — Dagegen ergriff der Curator der Beklagten die a. o. Revisionsbeschwerde mit der Bitte um Abweisung des Klägers und in zweiter Linie die ordentliche, auf Bestätigung des Urtheils der ersten Instanz gerichtete Revisionsbeschwerde.

Der oberste Gerichtshof verwarf beide Beschwerden aus folgenden Gründen: Da M in seinem Testamente den eingesetzten Enkeln die Verabreichung des Unterhaltes an ihren Vater — im Falle seiner Dürftigkeit — mit ausdrücklichen Worten nicht verboten hat und eine so ausgedehnte Auffassung der von ihm in den Art. 3 und 4 des Testamentes verordneten Ausschließung seines Schwiegersohnes durch

den Wortlaut derselben nicht begründet ist, sondern vielmehr die Auslegung der beiden Untergerichte, wornach M durch die Ausschließung des A von jeder Einmengung und Theilnahme an dem seinen Kindern hinterlassenen Erbvermögen lediglich die Einmengung desselben als Vater in die Fest- und Sicherstellung und in die Verwaltung und Verwendung des Erbgutes und namentlich durch den Ausdruck: Theilnahme („partecipazione") nur jede Betheiligung des A an dem ererbten Stammvermögen und insbesondere jedwede Betheiligung im Wege des Erbganges von M verhindert wissen wollte, ihre volle Berechtigung hat, — weil eben ohne Weiteres nicht vorausgesetzt werden darf, daß M die Beklagten sogar an der Erfüllung einer nach §. 154 a. b. G. B. bestehenden Pflicht gegen ihren Vater habe hindern wollen, und andererseits eine solche gegen ein bestimmtes Gesetz streitende testamentarische Resolutivbestimmung als nicht beigesetzt anzusehen wäre (§. 698 a. b. G. B.), so mußte die a. o. Revisionsbeschwerde der Beklagten abgewiesen werden. — Was die ordentliche Revisionsbeschwerde anbelangt, so hat sich der oberste Gerichtshof durch den Stand des Klägers, die localen Verhältnisse seines Wohnsitzes (Triest) und insbesondere durch das Vermögen und die Stellung seiner Kinder bestimmt gefunden, dem das Maß der Alimente erhöhenden Ausspruch der zweiten Instanz beizutreten.

Nr. 3627.

Beweis einer strafbaren Handlung vor dem Civilrichter: Unzulässigkeit der Haupteides; Indicienbeweis?

Entsch. v. 12. Dec. 1866, Nr. 10227 (Best. des das Urth. des B. G. Krzeszowice v. 4. August 1865, Nr. 1159, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 17. Jänner 1866, Nr. 18559). G. Z. 1870, Nr. 76.

Die Schnittwaarenhändlerin A wurde durch einen verbrecherischen Diebstahl beschädigt, und es wurden vom Strafgerichte C und D als Thäterinnen schuldig erkannt, dagegen B ob Unzulänglichkeit der Beweismittel freigesprochen — und die Beschädigte mit dem Schadenersatzansprüche auf den Civilrechtsweg verwiesen. Die A belangte nun auch den B wegen solidarischer Ersatzleistung pr. 370 fl. — Die erste Instanz erkannte gegen Ablegung des Schätzungseides nach dem Begehren, weil B nicht widersprochen und die Klägerin mit dem Haupteide zu beweisen sich erboten hat, daß bei ihm ein Halstuch, ein paar Beinkleider und ein Unterfutter von den der A gestohlenen Sachen vorgefunden wurden, und weil er die Erwerbungsart nicht nachgewiesen hat, daher seine Solidarhaftung mit den auf dem strafrechtlichen Wege überwiesenen Thätern nach dem Gesetze (§. 364

St. P. O. und §§. 1301, 1302 a. b. G. B.) gegründet erscheint. — Das O. L. G. hat die Klägerin mit ihrem Begehren abgewiesen.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das letztere Urtheil aus folgenden Gründen: Gegen B liegt ein Beweis nicht vor, daß er den Diebstahl an Schnittwaaren verübt oder an demselben Theil genommen habe, da er mit dem Urtheile des Strafgerichtes von der Anklage wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel freigesprochen wurde. Der Beweis durch den Haupteid darüber, daß die in der Klage angeführten Gegenstände vor der Entdeckung des Belangten durch denselben gestohlen wurden, ist unzulässig, weil durch Zulassung desselben dem Belangten ein Eid aufgetragen würde, mit welchem er die Nichtverübung eines Verbrechens zu beweisen hätte, was nicht statthaft ist. Der Umstand aber, daß bei B einige Kleidungsstücke gefunden wurden, welche die Klägerin als aus den bei ihr gestohlenen Stoffen angefertigt bezeichnet, hätte etwa von dem Strafrichter bei der Prüfung der Beweise der Schuld berücksichtigt werden können, bildet aber keine Grundlage für den Civilrichter, da ohne die vorher im Strafgerichtswege ausgesprochene Schuld des B eine Verpflichtung desselben, den ganzen durch den Diebstahl verursachten Schaden zu ersetzen, nicht anerkannt werden kann, umsoweniger, da der Werth der Stoffe, welche zu den Kleidungsstücken des B verwendet wurden und welche nur geringe Theile der betreffenden und entwendeten Stoffe bildeten, nicht angegeben wurde und der darüber in der Replik aufgetragene Haupteid unentscheidend ist.

Nr. 3628.

Unzulässigkeit der Entkräftung der Vermuthung der unehelichen Vaterschaft durch den Ausspruch der Sachverständigen über den wirklichen Zeitpunkt der Zeugung.

Entsch. v. 25. Juni 1867, Nr. 4536 (Best. des das Urth. des B. G. Waidhofen a. d. Ybbs v. 22. Oct. 1866, Nr. 2780, abänd. Urth. des O. L. G. Wien v. 27. März 1867, Nr. 1644). G. Z. 1869, Nr. 98.

B wurde von dem Vormund der am 1. April 1866 geborenen A auf Erfüllung der Vaterpflichten und Leistung der Alimentationen geklagt. B gestand ein, daß er der Mutter des Kindes am 21. August 1865, d. i. 7 Monate, 10 Tage vor der Geburt des Kindes beigewohnt habe, erbot sich aber zu dem Beweise durch Sachverständige über den Umstand, daß das Kind zur Zeit der Geburt körperlich vollständig entwickelt und vollkommen reif geboren wurde, mithin bei der Geburt mindestens acht Monate alt sein mußte, daher es unmöglich durch den am 21. August 1865, d. i. 7 Monate, 10 Tage vor der

Geburt vom Geklagten vollzogenen Beischlaf erzeugt worden sein könne. Als Sachverständige und Zeugen führte B die Aerzte C und D an, welche das Kind bereits bei der Geburt in der angedeuteten Richtung untersucht hätten. Dieser Beweis wurde zugelassen. C, welcher das Kind 2 — 3 Stunden nach der Geburt, und D, welcher dasselbe 3 oder 4 Tage später untersucht hatte, gaben ihr Gutachten dahin ab, daß das Kind, da es das Aussehen eines vollkommen reifen, ausgetragenen, 9 Monate alten Kindes hatte, wenigstens bei der Geburt 8 Monate alt gewesen sein müsse, da die wahrgenommene Ausbildung des Kindes, insbesondere die Beschaffenheit der Haut, die Festigkeit der Nägel und die Größe und Wohlbeleibtheit des Kindes unter einem Alter von 8 Monaten gar nicht denkbar sei, daher es unmöglich von einem Beischlafe, welcher nur 7 Monate, 10 Tage früher gepflogen wurde, hergerührt haben kann. — Das Gericht erster Instanz hielt den Beweis der Unmöglichkeit der Zeugung des Kindes durch den Beklagten für erbracht und erkannte auf Abweisung der Klage. — Das O. L. G. hingegen verurtheilte den B nach dem Klagebegehren aus folgenden Gründen: Der Geklagte hat versucht, die im §. 163 a. b. G. B. aufgestellte gesetzliche Vermuthung durch den Gegenbeweis mit den Aerzten C und D zu entkräften. Die erste Instanz hat diesen Gegenbeweis zugelassen und für hergestellt erachtet und die Klä- ger mit ihrem Klagebegehren abgewiesen; allein mit Unrecht. Der angebliche Gegenbeweis zerfällt in zwei Punkte, wovon der erste auf Constatirung des Umstandes, daß die genannten Sachverständigen das Kind nach der Geburt besichtigt haben, der zweite Punkt sich auf ihre Wahrnehmungen über die physische Beschaffenheit dieses Kindes bei der Besichtigung bezieht. Der erste Punkt begreift in sich ein Factum und die Angaben der Aerzte können daher nur den Werth von Zeugenaussagen haben; die Beweiskraft derselben wird aber dadurch abgeschwächt, daß die Besichtigung des Kindes nicht gleichzeitig geschah, indem der Eine dasselbe etwa 2 oder 3 Stunden nach der Geburt, der andere aber in einer späteren Zeitperiode, etwa am zweiten oder dritten Tage besichtigte, was zur Folge hat, daß sogar die Identität des von ihnen besichtigten Kindes angezweifelt werden kann. Im zweiten Punkte sprechen zwar die Aerzte im Sinne des §. 187 und 196 a. G. O. in ihrer Eigenschaft als Sachverständige ihr Gutachten dahin aus, daß das von ihnen untersuchte Kind in dem von der Klägerin angegebenen Zeitraume, d. i. vom 21. August 1865 bis 1. April 1866 von dem Geklagten nicht gezeugt worden sein könne. Allein dieser Ausspruch begründet keinen eigentlichen Gegenbeweis gegen die im §. 163 a. b. G. B. ausgesprochene Vermuthung. Dieser Ausspruch beruht lediglich auf einer Schlußfolgerung; die Sachverständigen schließen aus der Reife der vorgeschrittenen Entwicklung, aus der Ausbildung und überhaupt aus der physischen Beschaffenheit des Kindes, daß dasselbe nicht in dem obenerwähnten, sondern schon in einem früheren Zeitraume von der

Mutter empfangen worden sein müsse. Dieser blos auf eine Schlußfolgerung begründete Ausspruch der Sachverständigen schließt aber nach der Natur der Sache das Gegentheil nicht aus, nämlich, daß das Kind, ungeachtet seiner physischen Beschaffenheit und der Reife dennoch in dem von dem Gesetze bestimmten Zeitpunkte erzeugt worden sein könne; es hat daher der Befund der Sachverständigen lediglich den Werth einer von ihnen ausgesprochenen Vermuthung und es steht dieser Vermuthung jene des §. 163 a. b. G. B. entgegen, welch' letzterer, weil auf einem Gesetze gegründet, der Vorzug gebührt. Schon die Textirung des §. 163, wornach die Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde von einem bestimmten Zeitpunkte der Beiwohnung abhängig gemacht wird, weist darauf hin, daß bei einem gegen die gesetzliche Vermuthung geführten Gegenbeweise nicht die physische Beschaffenheit des Kindes allein den Ausschlag geben kann, sondern daß dieser Gegenbeweis nur darin bestehen kann, daß der auf die Vaterschaft Belangte die Unmöglichkeit des Beischlafvollzuges (coitus) innerhalb des im Gesetze bestimmten Zeitraumes nachweisen muß. Da nun der Gegenbeweis in der angedeuteten Richtung nicht geführt worden ist, der Geklagte vielmehr die Beiwohnung innerhalb der im Gesetze bestimmten Zeit gestanden hat, so war der Appellation der Kläger stattzugeben, das erstrichterliche Urtheil abzuändern, und mußte die Vaterschaft des Geklagten anerkannt und derselbe in die Leistung der Alimentation verfällt werden.

Der oberste Gerichtshof hat das Urtheil der zweiten Instanz aus dessen Gründen bestätigt.

Nr. 3629.

Anspruch der ehemaligen Grundobrigkeit auf Ersatz des seit 1848 zur Schulbeheizung gelieferten Holzes?

Entsch. v. 12. Mai 1868, Nr. 3341 (Best. des Urth. des K. G. Böhmisch-Leipa v. 2. Nov. 1867, Nr. 1337, Abänd. des Urth. des O. L. G. Prag v. 13. Jänner 1868, Nr. 791). G. Z. 1871, Nr. 77.

Die Klage des Besitzers der Fideicommißherrschaft A und Erben des Vorbesitzers derselben gegen die Gemeinde B als Patron ihrer Schulen pcto. Zahlung des 2369 fl. betragenden Drittheils von dem Werthe des seit 7. September 1848 bis 29. October 1864 zur Beheizung der Schulen beigestellten Holzes in 10 gleichen Jahresraten wurde vom Gerichte erster Instanz abgewiesen, wogegen das O. L. G. dem Klagebegehren stattgab.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz. Gründe: Das a. h. Patent vom 7. September 1848, J. G. S.

Nr. 1180, der Ministerialerlaß vom 15. December 1848, R. G. Bl. vom Jahre 1849, Nr. 28 und das Gesetz für Böhmen von 13. September 1864, L. G. Bl. Nr. 33 müssen, damit sie keinen Widerspruch ergeben und von Wirkung seien, nach der Meinung des Klägers in dem Sinne verstanden werden, daß durch das Patent vom 7. September 1848, indem es das Unterthänigkeitsverhältniß aufhob und die Grundherrschaften als Obrigkeiten beseitigte, die letzteren auch aller in Folge jenes Verhältnisses ihnen obgelegenen Verpflichtungen, also auch der Verpflichtung der Beitragsleistung zum Beheizungsholze für die Schulen enthoben wurden; daß ihre gleichwohl bis 1864 fortgesetzte Beistellung des Schulbeheizungsholzes nicht mehr auf Grund jener aufgehobenen Verbindlichkeit, sondern in Folge des Ministerialerlasses vom 15. December 1848 geschah, welcher Erlaß zwar die Dreitheilung der Verpflichtung zur Leistung des Brennholzes für die Schulen unter Grundobrigkeit, Patron und Gemeinde aufrecht erhielt, allein die erstere zur bisherigen Leistung des Beheizungsholzes doch nur provisorich verhielt und ihr die Berechtigung einräumte, den Ersatz des nach dem Erlasse beigestellten Holzes von demjenigen zu fordern, welchem künftig diese Last aufgebürdet werden wird; daß nun aber mit dem Gesetze vom 13. September 1864 für Böhmen die Verpflichtung zur Leistung des Schulbeheizungsholzes den Gemeinden in der That auferlegt und im §. 20 desselben den ehemaligen Grundobrigkeiten das Recht vorbehalten wurde, von den Gemeinden den Ersatz jenes Drittheiles zu begehren, welches nach der vorerwähnten Dreitheilung auf die Gemeinde fiel, von ihr aber nicht geleistet wurde. Diese Auslegung der citirten Gesetze ist weder in den Worten, noch im Geiste derselben gegründet. Durch das Patent vom 7. September 1848 wurde an der Verpflichtung der Grundobrigkeiten zur Beistellung des Schulholzes nichts geändert; dies ergibt sich aus den später zur Durchführung der Aufhebung des Unterthansbandes erlassenen Gesetzen und insbesondere aus dem Ministerialerlasse vom 15. December 1848, welcher das Aufhören jener Verpflichtung nur in Aussicht gestellt und ausdrücklich einem erst zu erlassenden Gesetze vorbehalten, die bisherige Verpflichtung der Gemeinde in keinerlei Weise ausgedehnt, sondern mit Bezugnahme auf den §. 391 der politischen Schulverfassung die Concurrenz des Patrones, des Dominiums und der Gemeinde zur Schulbeheizung auch fürderhin statuirt, schließlich die Dominien zur bisherigen Leistung des Schulholzes bis zur Erlassung eines diesen Gegenstand normirenden Gesetzes verhalten und mit dem Beisatze, daß den Dominien freigestellt wird, seinerzeit den Ersatz von demjenigen zu fordern, dem etwa in Zukunft diese Last aufgebürdet werden wird, die Frage: wofür die Grundobrigkeiten Ersatz zu fordern berechtigt sein werden, gänzlich ungelöst gelassen hat, so daß das Recht auf einen bestimmten Ersatz aus diesem Gesetze nicht abgeleitet werden kann. Die Richtigkeit dieser Auffassung der Ministerialverordnung vom

15. December 1848 ergibt sich aus dem Gesetze vom 13. September 1864, welches im §. 2 die Verpflichtung der Dominien zur Beistellung des Beheizungsholzes für die Volksschulen, so weit sie lediglich im Gesetze begründet ist, für aufgehoben erklärt und im §. 20 auf die Gemeinden überträgt, im letzteren Paragraphe ausspricht, daß die Dominien, die nach dem Ministerialerlasse vom 15. December 1848, wenn sie Wälder besaßen, das Beheizungsholz provisorisch beizustellen hatten, weder für das Drittheil, das sie als Obrigkeiten, noch für jenes, das sie als Patrone leisten mußten, zum Ersatzanspruche gegen die Gemeinden berechtigt sind, in Ansehung des letzten Drittheiles aber keine specielle Anordnung trifft, insbesondere nicht den Dominien das Recht einräumt, den Ersatz dafür jedenfalls von den Gemeinden fordern zu können, indem es im §. 20 nur heißt, daß die Grundobrigkeiten, wenn sie überhaupt einen Ersatzanspruch an die gegenwärtige Schulconcurrenz erheben zu können glauben, denselben binnen drei Jahren im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen haben. Daher kann die Verpflichtung der Gemeinde zum Ersatze eines Drittheiles des von der Grundobrigkeit in der Zeitperiode von 1848—1864 gelieferten Schulholzes nur in dem Falle ausgesprochen werden, wo nach den früheren Gesetzen ihr selbst die Beistellung dieses Drittheiles oblag; §. 1042 a. b. G. B. Da nun nach den §§. 391 und 392 der politischen Schulverfassung und nach den Hofdecreten vom 10. December 1788 und 25. April 1789 in den Fällen, wo die Grundherrschaften Waldungen hatten, woraus das Schulholz beschafft werden konnte, die Gemeinden zur Beistellung eines Drittheiles davon nur dann verpflichtet waren, wenn sie eigene nutzbare Wälder besaßen, sonst aber das Dominium das Schulholz in ihren Waldungen anweisen mußte, der Patron dessen Werth zur Halbscheid zu ersetzen und die Unterthanen nur es abzustocken und zur Schule zu führen hatten; da im vorliegenden Falle vom Kläger nicht einmal behauptet worden ist, daß die beklagte Gemeinde Wälder besitzt, woraus das Schulholz hätte beschafft werden können, so hat er desfalls nur geleistet, was ihm als Grundherr und Patron zu leisten oblag, und kann von der Gemeinde keinen Ersatz für die Beistellung des Holzes fordern, um welche allein es sich handelt, da er für Schlägerung und Zufuhr nichts in Anspruch genommen, noch behauptet hat, daß die Kosten dafür von ihm bestritten worden seien *).

---

*) Zur leichteren Uebersicht folgen hier die einschlägigen Vorschriften in chronologischer Ordnung.

Politische Verfassung der deutschen Volksschulen. §. 391: Die Beheizung der Schulen .... liegt den Grundherrschaften jedoch dergestalt ob, daß dieselben, wenn sie mit eigenthümlichen Waldungen versehen sind, das für die Schule nothwendige Holz ... in ihren Waldungen anweisen, die Pfarrpatrone dessen Werth zur Halbscheid .... vergüten, die Unterthanen aber das Holz abstocken und an den Ort der Schule führen sollen .... (Hofdecr. vom

Nr. 3630.

Fideicommissarische Substitution oder Veräußerungsverbot; Unzulässigkeit der Entscheidung hierüber im nicht streitigen Verfahren.

Entsch. v. 12. Mai 1868, Nr. 4774 und 4775 (Aufheb. der Decr. des L. G. Prag v. 25. Jänner 1868, Nr. 1634 und des O. L. G. Prag v. 10. März 1868, Nr. 7014). G. Z. 1871, Nr. 36.

Graf M vermachte in seiner letztwilligen Erklärung das Gut X seinem kinderlosen Universalerben Emanuel Grafen A mit der Beschränkung, daß dasselbe nicht veräußert und im Falle, als derselbe ohne Kinder sterben sollte, dem Grafen Franz A zufallen solle. In dieser Anordnung erblickte das Abhandlungsgericht eine fideicommissarische Substitution zu Gunsten der als Nacherben berufenen Kinder des Emanuel Grafen A, bestellte einen Curator zur Wahrung der Rechte seiner als Nacherben berufenen Descendenten und verordnete die Inventarisirung des Gutes. Auf den von Emanuel und Franz A dagegen ergriffenen Recurs trug das O. L. G. der Abhandlungsbehörde auf, erst die Personalbehörde des Emanuel Grafen A, beziehungsweise die Curatelbehörde seiner Nachkommenschaft zu vernehmen, ob sie für die letztere Substitutionsrechte zu dem Nachlasse des Grafen M geltend mache, und erst auf dieser Grundlage in die meritorische

---

10. Dec. 1788). §. 392: Auf den Fall aber, daß die Gemeinde eigene nutzbare Waldungen besäße, soll auch diese das Holz, davon die Grundobrigkeit und der Pfarrpatron zusammen zwei Drittheile des Werthes .... vergüten müssen, in Natura liefern und überdies die Fällung und Zufuhr des ganzen Bedürfnisses übernehmen..... (Hofdcr. vom 25. April 1789.)

Grundentlastungspatent v. 7. Sept. 1848, J. G. S. Nr. 1180.

Erlaß des Ministeriums des öffentlichen Unterrichtes vom 15. December 1848, R. G. Bl. vom Jahre 1849, Nr. 28: Es sind Klagen vorgekommen, daß die Dominien mit Berufung auf das a. h. Patent vom 7. September 1848 sich weigern, zur Beistellung des Schulbeheizungsholzes nach Vorschrift des §. 391 der Schulverfassung zu concurriren. Nach §. 391 der Schulverfassung concurriren rücksichtlich der Beheizung der Schullocalitäten in der Regel: der Patron, das Dominium und die Gemeinde. Daß die letztere ihren diesfälligen Beitrag zu leisten habe, versteht sich von selbst. Was die Dominien als Patron und Grundobrigkeit anbelangt, so dürfte vielleicht in Folge des citirten Patentes vom 7. September 1848 die bisherige Verpflichtung zur Beistellung des Schulholzes für sie aufhören. Da jedoch darüber noch kein Gesetz erflossen ist, und der Gegenstand keinen Aufschub zuläßt, so sind dieselben zu der bisherigen Leistung in dieser Hinsicht mit dem Beisatze zu verhalten, daß es ihnen freisteht, seiner Zeit von demjenigen den Ersatz zu fordern, dem etwa in Hinkunft diese Last aufgebürdet werden wird.

Gesetz vom 13. September 1864, wirksam für Böhmen, betreffend das Schulpatronat und die Kostenbestreitung für die Localitäten der Volksschulen; Gesetz- und Verordnungsblatt für Böhmen Nr. 33. §. 1: Das lediglich im Gesetze begründete Schutzpatronat hat sammt allen

Entscheidung der Frage einzugehen, ob für die Descendenz des Emanuel Grafen A ein Substitutionscurator zu bestellen und das Inventar der Domaine X aufzunehmen sei, weil der Erblasser im §. 38 des Testamentes die Kinder seines Universalerben Grafen A nicht ausdrücklich zu dessen Substitutionserben eingesetzt hat und über die Frage, ob der Absatz des Testamentes: „Mein Gut X darf nicht veräußert werden und fällt, wenn Emanuel Graf A ohne Kinder stirbt, dem Grafen Franz A als Eigenthum zu" — nicht dennoch eine fideicommissarische Substitution dieser Kinder enthalte, nicht im Recurs-, sondern im ordentlichen Rechtswege abgesprochen werden kann, daher es der Verlaßabhandlungsbehörde obliegt, vorerst sämmtliche Interessenten und daher auch die Vertreter dieser Nachkommenschaft um ihre Anträge zu vernehmen, bevor es die erwähnte, zumal zwischen den Parteien streitige Frage meritorisch entscheidet. (§. 2, Abs. 5 und 7 des kais. Patentes vom 9. August 1854, Nr. 208.) — Gegen diese Entscheidung recurrirten sowohl die Grafen Emanuel A und Franz A als auch der Curator der dem Ersteren substituirten Kinder.

In Erwägung, daß die erste Instanz ihre Aufgabe als Abhandlungsbehörde überschritten hat, indem sie das Vorhandensein einer fideicommissarischen Substitution in dem Gut X zu Gunsten der noch ungeborenen Kinder des eingesetzten Erben ohne Weiters angenommen, einen Substitutionscurator bestellt und die Inventur des Gutes angeordnet hat, während das bloße Veräußerungsverbot gemäß §. 610

---

damit verbundenen Rechten und Pflichten zu entfallen..... Schutzpatronate, welche auf anderen Titeln beruhen, bleiben aufrecht..... §. 2: Die durch die Ministerialverordnung vom 15. December 1848 (siehe oben) aufrecht erhaltene Verpflichtung der ehemaligen Grundobrigkeiten als solcher zur Beistellung des Beheizungsholzes für die Volksschulen wird, soweit sie lediglich im Gesetze begründet ist, gleichfalls als aufgehoben erklärt. §. 3: Die Kosten der Herstellung .... und Beheizung der für die Volksschule erforderlichen Localitäten .... haben, und zwar nach Maßgabe der ihnen obliegenden Verpflichtung, vor Allem die hiefür gewidmeten Local- und öffentlichen Fonde, Stiftungen, physische und juristische Personen, welche hiezu durch besondere Titel verbunden sind, und die Schulpatronate, soweit sie fortbestehen (§. 1), zu bestreiten .... §. 9: .... Den unbedeckten Aufwand bei jeder directivmäßigen Volksschule hat die Gemeinde zu bestreiten .... §. 20: Die gewesenen Grundobrigkeiten, welche in Gemäßheit des Ministerialerlasses vom 15. December 1848 dort, wo sie Wälder haben, das Beheizungsholz für die Schulen provisorisch beizustellen gehalten wurden, haben kein Recht für jenes Drittheil, welches sie als Obrigkeiten, noch auch für jenes Drittheil, welches sie als Patrone nach den Normen der politischen Schulverfassung zu leisten gehabt hatten, von den Gemeinden, welchen von nun an die Verpflichtung zur Schulholzbeistellung zufällt, einen Ersatz anzusprechen. Im Falle sie überhaupt einen Ersatzanspruch an die gegenwärtige Schulconcurrenz erheben zu können glauben, haben sie diesen binnen drei Jahren nach Kundmachung dieses Gesetzes im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen .... Die im Rechtswege klar gestellte Summe des Ersatzanspruches ist von den Verpflichteten in zehn gleichen Jahresterminen ohne jede Verzinsung zu berichtigen.

a. b. G. B. als eine fideicommissarische Substitution nicht angesehen werden kann und die Einsetzung des Franz Grafen A in jenes Gut erst von einer noch ungewissen Bedingung und zwar von dem kinderlosen Ableben des Erben abhängig gemacht erscheint, dieser eventuelle Substitut aber eigenberechtigt ist, der Richter sohin für die Sicherstellung und Wahrung seiner Rechte nicht von amtswegen vorzugehen hat, und in Erwägung, daß zur Sicherstellung des Veräußerungsverbotes durch Eintragung desselben in die Landtafel, respective durch Aufnahme einer entsprechenden Beschränkung in die Einantwortungsurkunde ausreichend vorgesehen werden kann, wornach sich auch die vom O. L. G. angeordnete Verfügung als unnöthig und im Gesetze als nicht gerechtfertigt darstellt, — hat der oberste Gerichtshof die untergerichtlichen Verordnungen aufgehoben.

Nr. 3631.

Execution zur Sicherstellung während des Appellationszuges: Erforderniß der Bescheinigung einer Gefahr?

Entsch. v. 24. Juni 1868, Nr. 6467 (Abänd. der gleichförmigen Decr. des H. G. Triest v. 28. April 1868, Nr. 3716 und des O. L. G. Triest v. 13. Mai 1868, Nr. 2438). Gazz. dei Trib. 1868, Nr. 28 — 29. G. Z. 1871, Nr. 18.

Während des Appellationsverfahrens begehrte der Kläger A für die in erster Instanz ihm zuerkannte Geldforderung gegen den Beklagten B die vorsichtsweise Mobilienpfändung mit der allgemeinen und nicht bescheinigten Anführung, daß er mit seiner Forderung in Gefahr stehe. Dieses Gesuch wurde von beiden Untergerichten abgewiesen, weil nach §. 259 a. G. O. der in erster Instanz siegreichen Partei die provisorische Sicherstellung nur in dem Falle zu bewilligen ist, wenn sie derselben bedarf, hier aber der Kläger das Bedürfniß, respective die Gefahr in keiner Weise bescheinigt hat, und weil — wie das O. L. G. in seiner Motivirung hinzufügte — die (vom Kläger in seinem Gesuche neben dem §. 259 a. G. O. angerufene) Verordn. vom 18. Juli 1859, R. G. Bl. Nr. 130, im §. 12 der Partei den Nachweis der gerichtsordnungsmäßigen Erfordernisse der Sicherstellung nicht erläßt, da in dem citirten Paragraphe gesagt ist, daß dessen Bestimmungen nur auf jene Gesuche um Sicherstellung Anwendung haben, die von der Gerichtsordnung als zulässig erklärt sind.

In Erwägung, daß nach §. 12 der Minist.-Verordn. v. 18. Juli 1859, Nr. 130, der §. 4 dieses Gesetzes auch in den Fällen Anwendung findet, für welche durch die Gerichtsordnung die Execution

zur Sicherstellung während der Dauer des anhängigen Processes als provisorische Vorkehrung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache als zulässig erklärt ist, mithin auch in dem Falle des §. 259 a. G. O. Anwendung zu finden hat, weil es sich in diesem Falle um eine derartige provisorische Vorkehrung zur Sicherstellung handelt; daß, um die Execution zur Sicherstellung bewilligen zu können, weder die citirte Verordn. vom 18. Juli 1859, Nr. 130, noch die Verordn. vom 21. Mai 1855, R. G. Bl. Nr. 95, worauf sich die erstere bezieht, und eben so wenig der §. 339 westg. G. O., ja selbst nicht der §. 259 a. G. O. den Nachweis einer Gefahr, welcher der die Sicherstellung nachsuchende Streittheil mit seiner Forderung ausgesetzt wäre, erheischt, indem der zuletzt erwähnte Paragraph nur ausspricht, daß die Sicherstellung zu bewilligen sei, wenn die Streitsache also beschaffen ist, daß die in erster Instanz obsiegende Partei derselben bedarf; daß aber der Kläger A in seinem Gesuche angeführt hat, daß dieses der Fall sei, — wurde vom obersten Gerichtshofe dessen Gesuch um provisorische Pfändung bewilligt.

Nr. 3632.

Unzulässigkeit der Execution zur Einbringung von Pachtzinsraten auf Grund eines vor der Fälligkeit derselben ergangenen, das Recht des Klägers zu ihrem Bezuge feststellenden Urtheils.

Entsch. v 14. Juli 1868, Nr. 6998 (Best. des Decr. des B. G. Gradisca v. 14. März 1868, Nr. 428, Abänd. des Decr. des O. L. G. Triest vom 28. April 1868, Nr. 2188). Gazz. dei Trib. 1869, Nr. 3. G. Z. 1871, Nr. 38.

A ließ sich für seine Forderung von 2100 fl. gegen B pro solvendo den Pachtzins jährlicher 430 fl. abtreten, welchen B von C, D und E für ein denselben verpachtetes Moor bis einschließlich 1871 (Ablauf der Bestandzeit) zu fordern hatte, und erwirkte auf seine gegen den Cedenten und die Pächter angestellte Klage im Jahre 1867 das Urtheil, „daß ihm zu theilweiser Zahlung seiner Forderung von 2100 fl. das Recht zusteht, von C, D und E den Pachtzins jährlicher 430 fl., welchen sie als Pächter des Moors zu zahlen haben, auf die ganze Dauer der mit Ende 1871 abgelaufenen Pachtzeit zu beziehen." Gestützt auf dieses gerichtliche Erkenntniß, begehrte A nach eingetretener Fälligkeit des Pachtzinses pro 1867 gegen die Pächter die executive Mobilienpfändung für 430 fl. als den Betrag der besagten verfallenen Zinsrate. — In erster Instanz wurde A mit seinem Gesuche abgewiesen, weil er durch das Urtheil nicht das Recht erlangt habe, Pacht-

zinsausstände bei den säumigen Schuldnern ohne Weiteres mittelst der Execution einzutreiben. — Vom O. L. G. wurde das mit dem Urtheil begründete Executionsrecht des A anerkannt und dessen Pfändungsgesuch bewilligt.

In Erwägung, daß, wenn auch durch das rechtskräftige Urtheil dem A nicht nur gegen den Verpächter B, sondern auch gegen die Pächter C, D und E das Recht, von den letzteren den jährlichen Pachtzins von 430 fl. für die ganze Pachtzeit zu fordern, zuerkannt (Absatz 2), der rechtliche Besitz der Ausübung dieses Rechtes für das verstrichene Jahr 1866 gesichert (Absatz 3) und das Recht, nach Beendigung des dermaligen Bestandvertrages das Moor für eigene Rechnung weiter zu verpachten, zugesprochen worden ist (Absatz 4), daraus nicht folgt, daß nach Verlauf jedes entfallenden Pachtjahres die Forderung des darauf entfallenden Pachtzinses für A in der That noch aufrecht besteht und für welchen Betrag der Schuld jeder einzelne der drei Pächter haftet, so daß A bei unterbleibender Zahlung gegen dieselben ohne Weiteres den Executionsweg betreten könnte; daß in dem Urtheil dem A gegen die drei Pächter in Beziehung auf den Pachtschilling nur ein Recht im Allgemeinen zugesprochen, nicht aber ausdrücklich erklärt worden ist, daß jeder einzelne Jahreszins und insbesondere der Pachtzins pro 1867 in vollem Betrage oder auch nur in einem bestimmten Theilbetrag von den Pächtern und nach welchem Verhältniß von einem jeden derselben zu zahlen sei, — hat der oberste Gerichtshof den abweisenden Bescheid der ersten Instanz bestätigt.

Nr. 3633.

Hemmung der Execution wegen Erlöschung des Executionsrechtes: Nothwendigkeit einer förmlichen Klage.

Entsch. v. 16. Juli 1868, Nr. 7014 (Abänd. der gleichförmigen Decr. der Prätur Scardona v. 12. Mai 1868, Nr. 988 und des O. L. G. Zara v. 27. Mai 1868, Nr. 2680). G. Z. 1870, Nr. 77.

Mittelst eines einfachen Gesuches stellte der Execut A gegen den Executionsführer B das Begehren: 1. daß das Executionsrecht des Letzteren — in Folge der, nach dem das Executionsrecht begründenden gerichtlichen Vergleich, von A geleisteten Zahlung — für erloschen erklärt, und 2. daß inzwischen die Vornahme der bereits angeordneten executiven Schätzung aufgeschoben werde. — Von beiden Untergerichten wurde A volländig abgewiesen, weil nach Absatz 2 des Justiz-Hofdcr. vom 14. December 1827, Nr. 5850 (in Dalmatien kundgemacht mit Gubernialerlaß vom 31. Jänner 1828, Nr. 1895) einerseits die durch spätere Thatsachen bedingte Erlöschung des Executionsrechtes mittelst

Klage geltend gemacht und in einem Proceß zum Austrag gebracht werden müsse und andererseits die einstweilige Suspension des Executionsverfahrens nur unter Vorlage von glaubwürdigen, den Eintritt jener Thatsachen beweisenden Urkunden gefordert, mithin dem A, welcher sich zum Beweis der angeblich geleisteten Zahlung nur auf Zeugen berief, nicht bewilligt werden könne.

In Erwägung, daß die Abweisung des ad 2 gestellten Begehrens durch den Mangel von Urkunden, wie sie das citirte Justiz-Hofdcr. verlangt, gesetzlich begründet ist, daß aber das Begehren ad 1 jenem Gesetze vollkommen entspricht, indem es gleichgiltig ist, daß die Eingabe des A von ihm als Gesuch, anstatt als Klage bezeichnet wurde, — hat der oberste Gerichtshof auf dessen Recurs mit theilweiser Abänderung der untergerichtlichen Verordnungen der ersten Instanz aufgetragen, über das Gesuch des A, respective das darin ad 1 gestellte Begehren das Erkenntnißverfahren einzuleiten.

Nr. 3634.

Einfluß der gesetzlichen Festsetzung der 30tägigen Frist zur Anstellung der Besitzstörungsklage auf die Beurtheilung der in der gleichen Frist vorgenommenen Acte der Selbsthilfe.

Entsch. v. 11. August 1868, Nr. 6459 (Best. des das Decr. der Prätur Sign v. 8. Dec. 1867, Nr. 4381, abänd. Decr. des O. L. G Zara v. 17. März 1868, Nr. 1091). G. Z. 1870, Nr. 76.

In dem possessorium summariissimum mehrerer Grundbesitzer gegen die Vertretung der Gemeinde Sign und Genossen handelte es sich um ein Weidegrundstück, welches, einmal im Besitze der Beklagten, schließlich von den Klägern mit einer Mauer eingefriedet wurde. Sie behaupteten, durch diese Einfriedung in den Besitz des Grundstückes gekommen zu sein und traten in Folge der von Seite der Beklagten unternommenen Niederreißung der Mauer gegen dieselbe mit der Besitzstörungsklage auf. Daß die Aufführung der Mauer am 20. April 1867 vollendet wurde, ist unzweifelhaft festgestellt. Was den Zeitpunkt der Niederreißung betrifft, so wurde derselbe von der ersten Instanz nach den Zeugenaussagen in den 15. Mai 1867 gesetzt, wogegen das O. L. G. aus dem Beweisverfahren die Ueberzeugung schöpfte, daß die Mauer erst „einige Tage" vor der — am 11. Juli 1867 überreichten — Besitzstörungsklage abgebrochen wurde, daß also, wenn den von Zeugen gebrauchten Worten „einige Tage" eine noch so weite Auslegung gegeben würde, jenes Ereigniß nicht weiter zurückfallen könne, als in die ersten Junitage oder in die letzten Tage des Mai. — Die erste Instanz entschied zu Gunsten der Beklagten in Erwä-

gung, daß, nachdem die Niederreißung der erst am 20. April vollendeten Mauer schon am 15. Mai stattgefunden hat, die Kläger noch nicht durch volle 30 Tage sich in dem Alleinbesitz des Grundstückes erhalten und die Gegner davon ausgeschlossen hatten; daß folglich mit Rücksicht auf §. 2 des Gesetzes über das possessorium summariissimum für Dalmatien v. 8. October 1830, J. G. S. Nr. 2487 (Termin von 30 Tagen zur Anstellung der Besitzklage), die Beklagten berechtigt waren, mit Uebergehung des Richters durch den Abbruch der Mauer sich selbst in ihrem Besitz des Grundstückes zu schützen. — Das O. L. G. gelangte von derselben Rechtsanschauung zum entgegengesetzten Schluß und erkannte nach dem Klagebegehren, weil es den Abbruch der Mauer in einen Zeitpunkt setzte, zwischen welchem und der Aufrichtung der Mauer mehr als 30 Tage liegen.

Der oberste Gerichtshof theilte zwar in facto die Ueberzeugung der ersten Instanz, daß die Mauer noch vor Verstreichung von 30 Tagen seit ihrer Errichtung wieder eingerissen wurde, bestätigte aber nichtsdestoweniger die obergerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen: Der am 20. April erworbene thatsächliche Besitz der Kläger durfte nicht von den Beklagten am 15. Mai eigenmächtig gestört werden, indem wohl das Recht, in possessorio summariissimo zu klagen, auf den Zeitraum von 30 Tagen beschränkt, der in seinem Besitz Gestörte aber — außer dem Fall des §. 344 a. b. G. B. — nicht befugt ist, vor Ablauf jener Frist mit Umgehung der richterlichen Hilfe selbst sich Recht zu verschaffen.

Nr. 3635.

Caution für durch ein Verbot zugefügten Schimpf und Schaden: Unzulässigkeit der Zurückstellung auf den bloßen Rücktritt vom Verbot.

Entsch. v. 21. August 1868, Nr. 8132 (Best. des das Decr. des L. G. Linz v. 29. Mai 1868, Nr. 4514 und des O. L. G. Wien v. 8. Juli 1868, Nr. 12703). G. H. 1870, S. 118.

Das Gesuch des A um Ausfolgung der Geldcaution, welche er, um das Verbot auf eine in dritter Hand aufbewahrte Partie von Waaren seines Schuldners B zu erwirken, bei Gericht deponirt hatte, war von seiner Erklärung des Rücktrittes von dem Verbot begleitet und wurde deshalb in erster Instanz bewilligt; wogegen das O. L. G. die Ausfolgung verweigerte, weil nach §. 285 a. G. O. die erlegte Caution bestimmt war, dem B für Schimpf und Schaden Sicherheit zu geben, und das Gericht erster Instanz nicht berufen war, von amtswegen zu entscheiden, ob dem B ein Anspruch auf eine solche

Genugthuung gegen A, welcher von dem Verbot zurückgetreten ist, zustehe, und die Ausfolgung der Caution sofort ohne die ausgewiesene Zustimmung des B zu verfügen.

Mit Bezugnahme auf diese Begründung bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der zweiten Instanz.

Nr. 3636.

Schenkungsversprechen oder Versprechen eines Heiratsgutes?

Entsch. v. 5. Nov. 1868, Nr. 8526 (Best. des das Urth. des B. G. Kostyzan v. 18. März 1868, Nr. 7245, abänd. Urth. des O. L. G. Prag vom 18. Mai 1868, Nr. 15092). G. Z. 1870, Nr. 71.

A belangte den B, Oheim der Frau des A, auf Erfüllung eines Heiratsgutversprechens, indem er anführte, daß B zu ihm gesagt habe, er werde seiner Nichte aus Eigenem ein Heiratsgut von 300 fl. mitgeben und ihr auch den ihm vorbehaltenen Nutzgenuß eines (seiner Nichte bereits zugeschriebenen) Grundstückes abtreten. B behauptete hingegen, daß er seiner Nichte ein Geschenk von 300 fl. versprochen, allein wegen eingetretener Unwürdigkeit nicht gegeben habe. Die vernommenen Zeugen bestätigten die Anführung des Klägers mit der Einschränkung, daß B des Ausdruckes „Heiratsgut" sich nicht bedient habe. — In erster Instanz wurde A mit der Klage abgewiesen, weil die Zeugenaussagen das Versprechen eines Geschenkes, nicht einer Dos ergäben. — Das O. L. G. erkannte nach dem Klagebegehren mit folgender Begründung: Die Erklärung des B läßt nur den Sinn zu, daß die versprochenen 300 fl. ein Vermögen sein sollen, welches dem Bräutigam zur leichteren Bestreitung des Aufwandes in der Ehe zu dienen hätte. Von einer Schenkung im Sinne des 18. Hauptstückes II. Theil des a. b. G. B. kann hier keine Rede sein, weil dem A die 300 fl. nicht unbedingt, sondern unter der onerosen Bedingung versprochen wurden, daß er die Nichte des B zur Frau nehme. Durch diese Bedingung unterscheidet sich eben die Zusage eines Heiratsgutes von dem Schenkungsversprechen und dieser Unterschied begründet eben die Verschiedenheit der Rechte und Pflichten aus einem Heiratsgutvertrag und jener aus einer Schenkung.

Der oberste Gerichtshof bestätigte mit Bezugnahme auf obige Motive das Urtheil der zweiten Instanz.

Nr. 3637.

Uebertragung des mit einem landtäflichen Gute verbundenen Propinationsrechtes auf ein anderes Grundstück: Unwirksamkeit ihrer Eintragung in dem über letzteres geführten Grundbuche allein, gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des ersteren.

Entsch. v. 19. Nov. 1868, Nr. 10133 (Best. des das Urth. des L. G. Krakau v. 28. Oct. 1867, Nr. 15843 theilweise abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 24. März 1868, Nr. 3784). G. Z. 1871, Nr. 43.

A hat den ehemaligen Rusticalgrund Nr. 262 in X, wie auch das Recht in dem, auf dem obigen Grunde befindlichen Hause Branntwein zu erzeugen und den erzeugten Brantwein auszuschänken, mithin einen Theil des Propinationsrechtes von der Grundfrau von X an sich gebracht. Der Vertrag wurde in die Dominicalgrundbücher eingetragen und von dem späteren Eigenthümer des Gutes X in allen Punkten bestätigt. Die Realität Nr. 262 ging in andere Hände über; auch das Gut X wurde weiter, dem B verkauft. Es entstand ein Proceß darüber, ob der Realität Nr. 262 das Propinationsrecht zukomme. — Der oberste Gerichtshof hat derselben das Propinationsrecht abgesprochen und zwar aus nachstehenden Gründen: Wie aus dem Patente vom 19. August 1795, dann dem Hofdecrete vom 3. Juni 1819, Nr. 16713 und anderen in Bezug auf den Ausschank von Getränken erlassenen gesetzlichen Bestimmungen hervorgeht, ist das Propinationsrecht eine an den Besitz eines landtäflichen Gutes geknüpfte Gerechtsame. Nachdem nun B Eigenthümer des landtäflichen Gutes X geworden ist, in welchem die Realität Nr. 262 liegt, so steht nur ihm die Ausübung des Propinationsrechtes in dem ganzen Umfange des Gutes X gesetzlich zu, zumal eine Beschränkung des Propinationsrechtes in der Landtafel nicht eingetragen war, er daher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher das Gut X ohne alle Beschränkung in dem Betriebe der Propination an sich brachte. Zwar wird geltend gemacht, daß der Auctor des B nicht mehr als er selbst hatte auf denselben übertragen, mithin ihm nur das beschränkte Propinationsrecht veräußern konnte. Allein die geschehene Abtretung der theilweisen Ausübung des Propinationsrechtes konnte nach §. 443 a. b. G. B. nur dann für B bindend sein, wenn er dieselbe als eine auf dem erkauften Gute X haftende Last, wofür die Beschränkung des wesentlich in der Propination bestehenden Einkommens des landtäflichen Gutes X angesehen werden muß, übernommen hätte; daher auch die von Seite seines Auctors erfolgte Anerkennung des der Realität Nr. 262 verliehenen Propinationsrechtes auf die Rechte des B nicht beeinträchtigend wirken kann. Hiebei macht es keinen Unterschied, daß dieses dem A ertheilte Recht der Ausübung der Propination auf dem er-

wähnten Grunde in dem Grundbuche von X eingetragen war, weil durch diese Eintragung die Beschränkungen der Propination noch nicht eine Last des Gutes X geworden sind, und für B bei dem Ankaufe von X über die haftenden Lasten nur die Landtäfel zur Richtschnur diente.

Nr. 3638.

Schadenersatz wegen Zufügung einer leichten Körperverletzung: Nichtvergütung der Kosten der Beiziehung eines zweiten Arztes und der Verfassung der Strafanzeige.

Entsch. v. 3. Dec. 1868, Nr. 7623 (Best. des das Urth. des B. G. Krzeszowice v. 16. Sept. 1867, Nr. 2072, abänd. Urth. des O. L. G. Krakau v. 28. Mai 1868, Nr. 2356). G. Z. 1870, Nr. 90.

B wurde der Uebertretung gegen die körperliche Sicherheit nach §. 411 St. G. schuldig befunden und der beschädigte A mit dem Schadenersatzanspruche auf den Civilrechtsweg gewiesen. Der Letztere belangte nun den B auf die Entschädigung, unter Anderem auf den Ersatz jener Auslagen, welche die Beiziehung der Aerzte X und Y hervorgerufen hat, und auf den Ersatz der Kosten der Verfassung der strafgerichtlichen Anzeige. — Das Gericht erster Instanz hat dem A als Kosten der Verfassung der Anzeige 1 fl. und 30 fl. für das Honorar der Aerzte zugesprochen. — Das O. L. G. hat nur das Honorar für einen Arzt mit 9 fl. liquidirt und die Kosten der strafgerichtlichen Anzeige ganz ausgeschlossen.

Das letztere Urtheil wurde von dem obersten Gerichtshofe bestätigt aus folgenden Gründen: Sowohl nach dem Inhalte des Strafurtheiles, welches die Beschädigung des A nur nach §. 411 St. G. als leicht erkannte, sowie auch nach dem vom Kläger selbst beigebrachten ärztlichen Zeugnisse, war die Beschädigung desselben sehr geringfügig; es liegt also der Beweis der Nothwendigkeit nicht vor, einen zweiten Arzt außer dem Dr. X zur Behandlung beizuziehen; wenn es aber dem Kläger gefallen hat, dies dennoch zu thun, so kann daraus die Verpflichtung für den Belangten nicht hergeleitet werden, dem Kläger die Auslage der Beiziehung des zweiten Arztes Y zu ersetzen. Auch für die Verfassung der Strafanzeige kann nichts zugesprochen werden, weil im strafgerichtlichen Wege für das Einschreiten des Gerichtes eine mündliche Anzeige genügt hätte.

Nr. 3639.

Anspruch der ehemaligen Grundobrigkeit auf Ersatz des seit 1848 zur Schulbeheizung gelieferten Holzes?

Entsch. v. 10. Dec. 1868, Nr. 11116 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Jicin v. 27. Mai 1868, Nr. 1340 und des O. L. G. Prag vom 25. August 1868, Nr. 24396). G. Z. 1871, Nr. 77.

In diesem Processe wurde, sowie in dem Falle, auf den sich die Entsch. vom 12. Mai 1868, Nr. 3341 (Nr. 3629 der Sammlung) bezieht, der Anspruch eines Herrschaftsbesitzers gegen eine Gemeinde auf Ersatz des Drittheiles vom Werthe des 1849 bis 1864 beigestellten Schulholzes verhandelt und vom obersten Gerichtshofe aus denselben Motiven abgewiesen. Hier hatte die beklagte Gemeinde auch den Umstand eingewendet, daß in dem Vertrage, womit der Kläger das herrschaftliche Gut von dem Vorbesitzer kaufte, von ihm die Verpflichtung zur Leistung des Schulholzes ausdrücklich für alle Zeiten übernommen und diese Verpflichtung durch die Intabulation des Kaufes grundbücherlich sichergestellt wurde. Hiezu sagen die oberstgerichtlichen Motive: Die Frage, ob der Kläger hiedurch privatrechtlich zur Leistung verpflichtet worden sei, was er aus dem Grunde bestreitet, weil durch die Auf- und Uebernahme der im Gesetze gegründeten Patronatskosten im Kaufvertrage an der Natur (juris publici) derselben nichts geändert werden, folglich mit der Aufhebung dieser Patronatskosten auch die contractliche Verpflichtung zur Leistung erloschen sei, ist nicht im gegenwärtigen Processe zu entscheiden.

Nr. 3640.

Anspruch der ehemaligen Grundobrigkeit auf Ersatz des seit 1848 zur Schulbeheizung gelieferten Holzes?

Entsch. v. 10. Dec. 1868, Nr. 11117 (Best. der gleichförmigen Urth. des K. G. Jicin v. 27. Mai 1868, Nr. 1504 und des O. L. G. Prag vom 24. August 1868, Nr. 24395). G. Z. 1871, Nr. 77.

Sachverhalt und Judicate wie bei Entscheidung vom 12. Mai 1868, Nr. 3341 (Nr. 3629 der Sammlung).

Nr. 3641.

Auf den Ueberbringer gestellte Lebensversicherungspolizze: Legitimation gegenüber den Erben des Versicherten.

Entsch. v. 17. Dec. 1868, Nr. 9627 (theilweise Best. der Urth. des L. G. Krakau v. 2. Dec. 1867, Nr. 19139 und des O. L. G. Krakau v. 30. Juni 1868, Nr. 3836). G. Z. 1870, S. 75.

M hat in der Anstalt „Globe" sein Leben mit 1000 Pfund Sterling versichert. Nach dessen Tode producirte sein Bruder B die Polizze und erhielt darauf das Capital, weil nach den Satuten der Versicherungsanstalt dasselbe nur an den Ueberbringer der Polizze auszufolgen war. Nun belangten die Erben des M den B auf die Rückstellung des behobenen Capitales, welches ihnen von dem obersten Gerichtshof aus folgenden Gründen zugesprochen wurde: Der bloße Besitz der Polizze seitens des Belangten bildet für ihn keinen gesetzlichen Titel zum Behalten des behobenen Capitales, weil der Besitz der Polizze den Belangten gegenüber der Versicherungsgesellschaft nach deren Statuten blos als Denjenigen legitimiren konnte, zu dessen Händen die Zahlung zu leisten war. Durch die Bestimmung der Statuten wurde aber das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Ueberbringer der Polizze nicht geändert. In diesem Verhältniß kann der bloße Besitz der Polizze als Beweis der Uebertragung des Rechtes auf das versicherte Capital an den Belangten nicht angesehen werden, sondern der Belangte mußte nach §. 170 westg. G. O. in anderer Art beweisen, daß M sein Recht auf die Summe von 1000 Pfund Sterling auf eine gesetzmäßige Weise ihm übertragen hat. Diesen Beweis hat jedoch der Belangte nicht geliefert.

Verzeichniß
der einschlägigen und citirten Gesetzesstellen.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

Allgemeines bürgerl. Gesetzbuch vom Jahre 1786.

Französisch-italienisches Civilgesetzbuch.

Allgemeines Handelsgesetzbuch vom 17. December 1862.

Allgemeine Concursordnung.

Concursordnung vom 25. December 1868, R. G. Bl. vom Jahre 1869 Nr. 1.

Westgalizische Gerichtsordnung.

Gesetz über den summarischen Civilproceß vom 24. October 1845, J. G. S. Nr. 906.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
1	3573	25	3411, 3480, 3560	46	3447, 3480, 3481, 3573
3	3573	36	3414	49	3481
4	3573	37	3414	50	3480, 3481
17	3481	44	3507	53	3600
18	3566				

Gesetz über das Verfahren in possessorio summariissimo vom 27. October 1849, R. G. Bl. 12.

Nr. .. 3252, 3289, 3295, 3331, 3383, 3392, 3406, 3452, 3462, 3470, 3514, 3517, 3527, 3528, 3536, 3547, 3561, 3566, 3582, 3610, 3618, 3634

Gesetz über das Verfahren in Wechselsachen vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52.

§§.	Nr.
8	3261, 3322
12	3524
26	3311

Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208.

§§.	Nr.	§§.	Nr.	§§.	Nr.
2	3630	84	3240	133	3404
7	3620	121	3604	135	3404
11	3308	122	3284	137	3482
12	3449	123	3494	138	3482
18	3272	125	3284, 3419, 3493	162	3493
21	3548			174	3620
27	3482	126	3327, 3333, 3419, 3433, 3460, 3493, 3521, 3571	177	3417
65	3327			178	3417
66	3327			180	3521
73	3404				
75	3494				

Allgemeines Grundbuchsgesetz vom 15. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 95.

§§.	Nr.
29	3608
103	3608

Geschäftsordnung vom 3. Mai 1853, R. G. Bl. 81.

Strafgesetz vom 27. Mai 1852.

Strafproceßordnung vom 29. Juli 1853.

Einzelne Gesetze.

